I. rom. M. 278h

Krug

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Die Lehre

von der

Compensation.

Von

Dr. August Otto Krug,
Rechtsconsulenten und Privatdocenten in Leipzig.

Leipzig 1833
bei Friedrich Christian Wilhelm Vogel.

130. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Wenn schon Herr Prof. Hollweg in seinen trefflichen Beiträgen zur Lehre von der Compensation es für nöthig hielt, sich gewissermaßen zu entschuldigen, daß er diesen Gegenstand nach Hasse's gründlicher Abhandlung über denselben von Neuem zur Sprache bringe, so wird man vielleicht um so mehr eine ähnliche Entschuldigung von dem Verfasser erwarten. Allein seine Entschuldigung liegt grade in der Existenz jener Schriften. Denn nach so ausgezeichneten Vorarbeiten durfte wohl auch ein Anfänger es wagen, auf der durch dieselben gewonnenen Grundlage fortbauend, eine möglichst vollständige systematische Darstellung dieser Lehre zu versuchen. Daß dieses Unternehmen an sich kein unnützes sei, dafür beruft sich der Verfasser auf das öffentliche Zeugniß seines verehrten Lehrers, des Herrn Hof- und Justizrath Dr. Einert in Dresden, welcher selbst vor einigen Jahren dem von ihm gefühlten Bedürfnisse einer umfassenden Bearbeitung unserer Lehre durch eine Reihe von Programmen abzuhelfen gedachte, jedoch leider durch seine Berufung zu einem höheren Wirkungskreise an der Ausführung dieses Planes verhindert worden ist *).

*) Es erschien nur D. Car. Einert progr. de compensatione spec. 1. Lips. 1830. 4.

Daß aber bei diesem Unternehmen der Verfasser sich auch einer wiederholten Untersuchung der Grundprincipien seiner Lehre nicht entziehen konnte, versteht sich von selbst. Dürfte er hoffen, daß dadurch die Grundlagen derselben an Festigkeit gewonnen haben, und durch die darauf gestützte Darstellung des Einzelen ein Fortschritt zur allmäligen Ausbildung dieser wichtigen Lehre gemacht worden sei, so würden alle seine Wünsche erfüllt sein. Mehr zu erwarten, würde ein arges Verkennen des Geistes der Wissenschaft und der eigenen Kräfte verrathen.

Uebrigens beschränkt sich die Darstellung auf das gemeine Recht. In den Noten glaubte jedoch der Verfasser auch der preußischen und der französischen Gesetzgebung, theils wegen ihres allgemeinen legislativen Interesse's, theils als Belegen für die Ansichten ihrer Verfasser über das gemeine Recht, und dem sächsischen Rechte, als dem vaterländischen, einige Berücksichtigung widmen zu sollen.

Leipzig, im August 1833.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung. — Quellen und Literatur. §. 1. S. 1.

Erstes Buch. Von dem Begriffe und dem Wesen der compensatio im römischen Rechte.

Einleitung.

1) Vorläufige Begriffsbestimmung. §. 2. S. 6.

2) Compensatio voluntaria und necessaria. §. 3. S. 8.

3) Compensatio tacita und expressa. §. 4. S. 11.

4) Von dem Rechtsgrunde der compensatio und den daraus sich ergebenden Grenzen ihrer Wirksamkeit.

a) nach allgemeinen Grundsätzen.

aa) Die Compensation ist keine die Foderung nothwendig aufhebende Thatsache. §. 5. S. 13.

bb) Die Compensation ist eine auf Billigkeit und positive Gesetze gegründete Einrede. §. 6. S. 16.

b) nach römischem Rechte.

aa) Die compensatio ist kein modus tollendi obligationem. §. 7. S. 20.

bb) Die compensatio ist eine reine, auf aequitas beruhende exceptio. §. 8. S. 22.

Schluß.

1) Resultate der bisherigen Untersuchung. — Vollständige Begriffsbestimmung der compensatio. §. 32. S. 95.

2) Von der Stellung der Lehre von der compensatio im Systeme des röm. Rechtes. §. 33. S. 99.

Zweites Buch. Von den (materiellen) Bedingungen der compensatio.

Einleitung. §. 34. S. 102.

Erstes Capitel. Exigibilität der Foderungen.

A. Allgemeine Grundsätze. §. 35. S. 103.

B. Besondere Grundsätze von der

1) Compensation mit zukünftigen §. 36. S. 105.

2) Compensation mit bedingten §. 37. S. 107.

3) Compensation mit betagten §. 38. S. 110.

4) Compensation mit gestundeten §. 39. S. 111.

5) Compensation mit domiciliirten §. 40. S. 112.

6) Compensation mit klaglosen §. 41. S. 113.

Foderungen.

Zweites Capitel. Gleichheit des Objectes der beiden Foderungen.

I. Quantitative Gleichheit.

A. Allgemeine Grundsätze. §. 42. S. 118.

B. Anwendung derselben auf

1) Compensation zwischen obligatt. generis. §. 43. S. 120.

2) Compensation zwischen species und genus. §. 44. S. 122.

3) Compensation zwischen höherer und niederer Gattung. §. 45. S. 123.

4) Compenſ. alternativer Foderungen. §. 46. S. 124.

5) Comp. alternativer Verbindlichkeiten „utrum voluerit“ und denſelben entſprechender Gattungsverbindlichkeiten. §. 47. S. 125.

6) Comp. zwiſchen Geldfoderungen. §. 48. S. 126.

7) Comp. mit Geld in specie. §. 49. S. 129.

C. Scheinbare und wirkliche Ausnahmen von obigen Grundſätzen. §. 50. S. 130.

II. Quantitative Gleichheit.

A. Allgemeine Grundſätze. §. 51. S. 133.

B. Anwendung derſelben auf den Fall, daß mehrere Foderungen auf einer Seite vorhanden ſind. §. 52. S. 133.

C. Ausnahme von obigen Grundſätzen bei gegenſeitigen Delicten.

1) Compenſation gegenſeit. Delictsklagen §. 53. S. 138.

2) Heutige Anwendbarkeit dieſer Grundſſ. §. 54. S. 141.

3) Compenſation gegenſeitigen dolus und gegenſeitiger culpa in Contracten. §. 55. S. 142.

4) Weitere Ausdehnung dieſer Ausnahme. §. 56. S. 145.

5) Compenſation im Criminalrechte. §. 57. S. 146.

Drittes Capitel. Gegenſeitigkeit der Foderungen.

A. Allgemeine Grundſätze. §. 58. S. 148.

B. Anwendung dieſer Grundſätze auf Stellvertretungsverhältniſſe. §. 59. S. 151.

C. Scheinbare Ausnahmen von dieſen Grundſätzen

A. im Allgemeinen. §. 60. S. 154.

B. insbeſondere

1) wegen Perſonen-Einheit. §. 61. S. 155.

2) Compensatio ex jure tertii
a. bei verbürgten Foderungen. §. 62. S. 157.
b. bei Correalobligationen. §. 63. S. 160.
3) Wegen successio
a. universalis. §. 64. S. 164.
b. singularis
aa. Compensation bei Cessionen. §. 65. S. 166.
bb. Compensat. bei der Delegation, Assignation und Verpfändung einer Foderung. §. 66. S. 172.
cc. Compensation beim nomen legatum. §. 67. S. 175.
dd. Compensation im Concurse.
α. Allgemeine Gesichtspunkte. §. 68. S. 176.
β. Anwendung auf einzele Fälle. §. 69. S. 179.

D. Compensation unter Ehegatten. §. 70. S. 186.

Viertes Capitel. Positive Ausnahmen von der aequitas compensationis.
1) Einleitung. §. 71. S. 189.
2) Ausnahmen zu Gunsten des Fiscus.
a. Scheinbare. §. 72. S. 191.
b. Wirkliche Ausnahmen. §. 73. S. 194.
c. Kommen diese Privilegien auch anderen Personen zu Statten? §. 74. S. 196.
d. Kann man sich auf diese Ausnahmen auch gegen den Fiscus berufen? §. 75. S. 198.
3) Ausnahme zum Nachtheile des malae fidei possessor. §. 76. S. 200.

4) Ausnahme bei der actio depositi. §. 77. S. 200.
5) Giebt es noch andere Ausnahmen von der aequitas compensationis? §. 78. S. 205.

Drittes Buch. Von den Rechtsmitteln zur Geltendmachung der aequitas compensationis.

I. Exceptio compensationis.

1) Von dem Grunde der exc. comp. §. 79. S. 208.
2) Vertheidigungsmittel des Klägers gegen die exc. comp.
a. Bestreitung der materiellen Bedingungen der compensatio. §. 80. S. 211.
b. Replicatio compensationis. §. 81. S. 212.
c. Replicatio pacti de non compensando.
aa. Erfodernisse und Wirkungen eines solchen pacti. §. 82. S. 212.
bb. Stillschweigende Verzichtleistung auf die exc. comp. §. 83. S. 216.
cc. Einfluß dieser Verzichtleistungen auf die Rechte dritter Personen. §. 84. S. 219.
3) Bedingungen der Berücksichtigung der exc. comp. (formelle Bedingungen der compensatio)
a. Vorschützuug der exc. comp. §. 85. S. 220.
b. Vorschützung zu gehöriger Zeit
aa. bei post litem contestatam entstandenen Gegenfoderungen. §. 86. S. 223.
bb. bei ante litem contest. entstandenen Gegenfoderungen. §. 87. S. 226.
cc. Verjährung der exc. comp. (?) §. 88. S. 231.
c. Liquidität
aa. formelle.

α. Einleitung. §. 89. S. 232.
β. nach vorjustinianischem Rechte. §. 90. S. 236.
γ. nach justinianischem Rechte. §. 91. S. 238.
δ. nach heutigem Rechte. §. 92. S. 243.
bb. Materielle Liquidität. §. 93. S. 247.
d. Kann mit einer bereits in lite befangenen Gegenfoderung compensirt werden
aa. wenn sie klagend anhängig ist? §. 97. S. 250.
bb. wenn sie compensando anhängig ist? §. 95. S. 255.
4) Von dem Einflusse eines über die exc. comp. ergangenen Urtheiles auf die dem Beklagten zustehende Foderung. §. 96. S. 256.
II. Condictionen
1) bei außergerichtlicher Bezahlung einer durch compensatio aufgehobenen Schuld. §. 97. S. 263.
2) bei gerichtlich erzwungener Bezahlung einer durch comp. erloschenen Schuld. §. 98. S. 266.
III. Wiederklage. §. 99. S. 271.
IV. Giebt es eine besondere actio compensationis? §. 100. S. 272.

Einleitung.

Quellen und Literatur.

§. 1.

Die Lehre von der Compensation verdankt ihre Ausbildung im römischen Rechte lediglich der Praxis [1]). Die Legislation des Volkes und des Senates hat sich nie um dieselbe bekümmert. Die wenigen kaiserlichen Constitutionen, welche in dieselbe einschlagen, enthalten entweder bloße Bestätigungen und Anwendungen dessen, was die Praxis bereits festgestellt hatte [2]), oder sie dienen zur Unterstützung der letzteren durch Hinwegräumung der formellen Hindernisse, welche derselben

1) Dieß scheint auch Papinian anzudeuten, wenn er in L. 36 de adm. et peric. tut. 26, 7 die compensatio ein „merum jus" nennt.

2) Z. B. Caracalla in L. 2. C. h. t. Alexander Severus in L. 4. 5. 7. eod. Gordian in L. 8. 9. eod. Philippus in L. 6. C. de hered. inst. 6, 24. Diocletian und Maximinian in L. 24. C. famil. hercisc. 3, 36. L. 10. 11. 12. 13. C. h. t. Justinian in L. ult. pr. h. t. Nur Septimius Severus scheint in dem von Ulpian L. 11. D. h. t. angeführten Rescripte selbständig auf die Ausbildung unserer Lehre eingewirkt zu haben.

entgegenstanden [3]), oder endlich sie sind Ausnahmegesetze [4]), besonders zu Gunsten des Fiscus [5]). Das prätorische Edict scheint der compensatio, wenn es überhaupt darüber etwas enthielt, nicht unter einer eignen Rubrik, sondern nur gelegentlich bei andern Lehren erwähnt zu haben [6]). Selbst die Juristen haben in ihren Schriften, so viel uns bekannt, diese Lehre nie zum Gegenstande besonderer Untersuchung gemacht, sondern ebenfalls die dahin einschlagenden Fragen nur gelegentlich beantwortet. Dieß dürfte sich theils aus der großen Einfachheit der Principien erklären, auf denen unsere Lehre beruht, theils daraus, daß keine der Rechtsquellen, welche die Juristen ihren Arbeiten zum Grunde zu legen pflegten, zu gesonderter Behandlung der compensatio Veranlassung gab.

Daher sind auch unsere Quellen für diese Lehre sehr dürftig. Aus den Institutionen gehören hierher §. 30 u. 39 de actionibus (4, 6), besonders historische Notizen enthaltend. Zur Interpretation derselben ist zu vergleichen Theophili paraphr. Inst. eod. loco. Der Titel der Pandekten de compensationibus (16, 2) enthält nur 24, größtentheils ganz kurze Fragmente, sämmtlich aus größeren Werken allgemeinen Inhaltes entnommen. Im Codex finden sich unter derselben Rubrik (4, 31) nur 14 Constitutionen von Caracalla bis Justinian. In den Basiliken findet sich die Bearbeitung dieser beiden Titel im 10. Titel des 24. Buches. Die Novellen endlich geben für unsere Lehre gar keine Ausbeute, und in den kanonischen Rechtsbüchern finden sich nur einzelne Anwendungen derselben auf kirchliche Ver-

3) Z. B. das Rescript des Marc. Aurel., dessen §. 30. J. de actt. erwähnt, ferner Alexander Severus in L. 1. C. rer. amotar. 5, 21. und L. 6. C. h. t., und Justinian in L. ult. pr. C. h. t. Vgl. unten §. 16. 19. 20.

4) L. 11. C. depositi. L. ult. §. 1. 2. C. h. t.

5) Caracalla in L. 1. C. h. t. Alexander in L. 3. eod.

6) S. unten §. 33.

hältnisse, namentlich auf Ehescheidung [7]. Fast wichtiger jedoch als die genannten besonderen Quellen unserer Lehre sind für dieselbe die in Pandekten und Codex zerstreut vorkommenden Fragmente, welche in dieselbe einschlagen, die jedoch an ihrem Orte zu erwähnen sind. Für die Geschichte der compensatio endlich sind noch Gaji Inst. Comm. IV, §. 61 — 68 und Pauli sent. rec. Lib. II. tit. 5 §. 3 und tit. 12. §. 12. zu benutzen.

Mit diesem Zustande der Quellen steht der unserer Literatur im genauesten Zusammenhange, da die wenigsten juristischen Schriftsteller, von den Glossatoren bis auf die neueste Zeit, daran dachten, eine Lehre selbständig aus ihren Principien zu entwickeln, sondern sich in ihren Arbeiten, gleichwie die römischen Juristen, an den Inhalt der Quellen anschlossen. Nur einige Controversen, zu denen die Quellen Veranlassung gaben, sind es daher, was die Lehre von der Compensation vor der gänzlichen Vergessenheit bewahrt hat. Diese sind auch der hauptsächliche Inhalt der besonderen tractatus de compensatione, welche wir aus dem 16. u. 17. Jahrhunderte besitzen. Dergleichen tractatus giebt es von Tyndarus [8], Sebastian von Medicis [9], Herm. Vultejus [10], Scipio Gentilis [11], Joh. Borcholten [12],

7) S. unten §. 57.

8) Abgedruckt im sogen. Tractatus tractatuum T. IX. fol. 94 b — 103, wo er mit folgenden Worten eingeführt wird: Tractatus notabilis et utilis Domini Tyndari U. J. doc. observantissimi in materia compensationum feliciter incipit.

9) Mit dem tract. v. Tyndarus zusammen gedruckt Francof. 1574.; besonders ebend. 1585. 8.

10) Marburg. 1589.

11) Altorf. 1592.

12) Joh. Borcholten Icti clarissimi et academiae Juliae quondam ordinarii commentaria in insignem et utilissimum ff. titulum de compensationibus nunc primum edita a Statio Borcholten Rostochiensi J. u. Doctore et Academiae Juliae Professore. Helmst. 1596.

Peter Bellojus [13]), Jakob Mästertius [14]), von denen jedoch nur der zuerst und die drei zuletzt genannten dem Verf. zugänglich gewesen sind. Am belehrendsten unter ihnen ist Tyndarus. Aus ihm lernt man die verschiedenen Ansichten der Glossatoren, vorzüglich der postaccursischen Zeit, vollständig kennen; auch finden sich bei ihm nicht selten selbständige, sehr gute Bemerkungen, die man bei anderen Schriftstellern seiner Zeit fast gänzlich vermißt. Nächst diesem zeichnet sich Mästertius durch verhältnißmäßige Vollständigkeit und durch Präcision der Darstellung aus. Nur erlaubt er sich viele paradoxe und nicht gehörig begründete Behauptungen. Von den zahlreichen Dissertationen mit dem allgemeinen Titel de compensatione, welche sich bei Lipenius und anderwärts angeführt finden, ist dem Verf. nur eine, von Schmidel [15]), zu Gesicht gekommen. Wenn man aber von dieser auf die übrigen schließen darf, so hat die Wissenschaft an ihnen wenig verloren. Denn der Inhalt ist, wie sich kaum anders erwarten läßt, wenn ein so reichhaltiger Stoff zum Gegenstande einer akademischen Streitschrift gemacht wird, höchst oberflächlich und besteht fast nur in einem Extracte aus den bekanntesten früheren Schriften.

Auch die größeren theoretischen Werke, welche das Ganze des römischen Rechtes umfassen, behandeln die Lehre von der compensatio eben nicht mit besonderer Vorliebe. Dagegen liefern die Schriften der Praktiker, namentlich die Sammlungen von Rechtssprüchen und Entscheidungen von A. Faber, Mevius, Wernher, Leyser u.a.m., verhältnißmäßig eine gute Ausbeute.

---

13) Abgedruckt in Meermann's thesaurus T. 4. p. 733 sqq.

14) Jac. Maestertii Icti Tractatus tres (de lege commiss. — de compens. — de secund. nuptiis) Lugd. Bat. 1639 (nicht, wie auf dem Titel steht, 1539).

15) Eigentlich wohl Joh. Geo. Thrum, praes. Joh. Schmidel, Diss. de compensationibus in specie sic dictis. Erfurt. 1670.

Die neuere Zeit hat besondere Bearbeitungen unserer Lehre im Ganzen nicht aufzuweisen. Denn die bereits in der Vorrede genannte Schrift von Einert, welche allerdings auf eine solche umfassende Bearbeitung berechnet war, ist leider kaum erst begonnen und wird bei der veränderten öffentlichen Stellung ihres Verf. schwerlich fortgesetzt werden. Indessen sind die Abhandlungen von Hasse [16]) und Bethmann-Hollweg [17]), wenn sie gleich der Ueberschrift nach nur einzelne Punkte dieser Lehre behandeln, doch wegen der Aufklärung, die sie gerade über die Grundprincipien derselben verbreiten, auch als ausgezeichnete Hülfsmittel für das Studium der ganzen Lehre zu nennen.

---

16) Ueber die Compensation und ihre Liquidität im Archiv f. civ. Pr. Bd. 7. no. 9. S. 145—207.

17) Beitrag zur Lehre von der Compensation, im Rhein. Mus. f. Jurisprud. Jahrg. 1. S. 257—285.

Erstes Buch.

Von dem Begriffe und dem Wesen der compensatio im römischen Rechte.

Einleitung.

1. Vorläufige Begriffsbestimmung.

§. 2.

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. So definirt den Begriff, mit welchem wir es zu thun haben, Modestin in der L. 1. D. h. t. Den Schlüssel zu dieser Definition geben L. 31. §. 1. de hered. pet. 5, 3. L. 95. §. 8. L. 101. §. 1. de solutt. 46, 3 [18]). Wir sehen nehmlich aus diesen Fragmenten, daß die Römer unter compensatio die Fiction verstanden, daß ein Gläubiger mit demjenigen, was er dem Schuldner selbst schuldet (daher contributio), sich selbst bezahlt (daher contributio) habe. Sehr passend nennt daher Ger. Noodt [19]) die compensatio, mit Hindeutung auf die ganz analoge traditio

---

18) Den Text dieser Fragmente s. unten §. 17. und §. 53. in den Noten. Die hierher gehörigen Worte sind: Potest dici, ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere — neque enim ipsum sibi solvisse credendum est, a quo hereditas evincitur.

19) Comment. ad Dig. h. t.

brevi manu[20]), eine solutio brevi manu facta. Insofern nun die Compensation stets zwei Foderungen voraussetzt, und jene Fiction der Bezahlung nach Umständen auf beide bezogen werden kann, kann die Compensation auch als eine fingirte Bezahlung zweier Gegenfoderungen durch einander (inter se) gedacht werden; nur ist dabei zu bemerken, daß in praxi, und so auch in unsern Rechtsquellen, die Fiction der Bezahlung immer bestimmt auf eine der beiden Gegenfoderungen bezogen wird.

Die nothwendige Folge jener Fiction ist, daß der Schuldner dessen, von welchem angenommen wird, daß er sich selbst bezahlt habe, von seiner Schuld frei, die gegen ihn bestandene Foderung aufgehoben werde, weil Zahlung, sie geschehe von wem sie wolle, also auch vom Gläubiger selbst, stets den Schuldner befreit. Man kann daher, abgesehen von jener Fiction, die Compensation auch definiren als die Aufhebung einer Foderung durch Gegenfoderung, oder Aufhebung zweier Gegenfoderungen durch einander. Den Namen compensatio führt diese Art der Aufhebung einer Schuldfoderung deshalb, weil jene Fiction der Selbstzahlung ein solches Verhältniß der beiden Foderungen voraussetzt, daß die eine derselben durch das Object der andern bezahlt werden könne, mithin das Object der einen wenigstens nach der subjectiven Schätzung der Parteien durch das der andern vertretbar sei; die Ermittelung dieses Verhältnisses aber eine

20) Denn auch diese ist zu denken als eine Tradition, die der Besitzer im Auftrage des Eigenthümers sich selbst macht. Vergl. Savigny, Besitz (5te Aufl.) S. 233 ff. Die Richtigkeit dieser Vorstellung von der compensatio, als einer Selbstzahlung, kann man sich anschaulich machen, wenn man sich zwei ängstlich genaue Familienväter denkt, wovon jeder für die laufenden Einnahmen, wie für die Ausgaben, eine besondere Kasse hat. Soll zwischen ihnen Compensation stattfinden, so wird jeder von ihnen die zu compensirende Summe aus der für die Ausgabe bestimmten Kasse herausnehmen und in die für die Einnahme bestimmte Kasse hineinlegen, mithin wirklich sich selbst zahlen müssen.

Vergleichung der beiden Foderungen miteinander, eine Gegeneinanderrechnung oder Abrechnung, compensatio[21]), im Griechischen ἀντέλλογος oder συμψηφισμὸς, erfodert, und nun die Wirkung jener Fiction eben darin besteht, daß es bei dieser Abrechnung sein Bewenden hat, daß diese Abrechnung, compensatio, die Stelle der Zahlung vertritt.

2. Compensatio voluntaria und necessaria.

§. 3.

Erklärt einer der beiden Gläubiger, daß er sich seine Foderung mit dem, was er selbst schuldet, bezahlen wolle, und acceptirt der andere diese Erklärung, so wird nun vermöge jener Fiction anzunehmen sein, daß der Proponent wirklich bezahlt, mithin der Acceptant von seiner Schuld frei

21) Pendere und dessen Frequentativum pensare entspricht vollkommen dem deutschen „wägen" sowohl in der eigentlichen, ursprünglichen, als auch in der tropischen Bedeutung des Erwägens, des Messens. Gewöhnlich legt man der Ableitung des Wortes compensatio die ursprüngliche materielle Bedeutung jenes Wortes zum Grunde, weil nehmlich vor der Einführung des geprägten Geldes die Zahlungen durch Zuwägen geschehen seien. Plinius hist. nat. lib. 33. §. 3. Gajus Inst. comm. 1. §. 122. Hiernach wäre contributio, was Modestin zur Erklärung braucht, eine reine Uebersetzung von compensatio. Allein weit natürlicher scheint es, die tropische Bedeutung von pensare zum Grunde zu legen, wonach compensatio dem griechischen ἀντέλλογος, welches Theophilus und die Basiliken brauchen, und dem deutschen Abrechnung völlig entspricht. Wenigstens sehen wir aus jener Uebersetzung des Theophilus, daß man zu Justinian's Zeit bei dem Worte compensatio nicht mehr an ein wirkliches Abwägen dachte. Wenn übrigens statt compensatio und compensare zuweilen pensatio und pensare gesagt wird (z. B. in L. 7. §. 1. L. 15. h. t. L. 39. soluto matr. 24, 3. L. 67. §. 3. de leg. II. L. 18. §. 4. commodati 13, 6. L. 52. §. 2. famil. herc. 10, 2. L. 18. pr. de pign. act. 13, 7), so ist dieß nur einer bequemen Nachlässigkeit des Sprachgebrauches zuzuschreiben.

geworden sei. Allein auch der Proponent wird dadurch von seiner Schuld gegen den Acceptanten frei werden, wie jeder Schuldner, der mit Bewilligung seines Gläubigers an dessen Gläubiger Zahlung leistet. Noch mehr wird dieß der Fall sein, wenn beide Theile darüber, daß jeder sich selbst bezahlt machen wolle, mit einander übereingekommen sind.

Diese auf Uebereinkunft beruhende Aufhebung gegenseitiger Schuldfoderungen durch einander nennen wir compensatio voluntaria. Auch abgesehen von der Fiction der Zahlung, an welche dabei von den Contrahenten wohl selten gedacht wird, läßt sie sich als eine gegenseitige Verzichtleistung betrachten. Jedenfalls ist hier der eigentliche Rechtsgrund, aus welchem die beiderseitigen Foderungen aufgehoben werden, in einem Vertrage zu suchen. Diese compens. voluntaria ist daher kein für sich bestehender Rechtsbegriff, sondern fällt unter den der (liberatorischen) Verträge. Auch ihre Bedingungen sind, abgesehen von der Gegenseitigkeit, die eines jeden anderen Vertrages. Doch kann sie, eben um dieser Gegenseitigkeit willen, in ihren Wirkungen von anderen, namentlich von reinen Nachlaßverträgen, allerdings verschieden sein [22].

Soll die compensatio ein selbständiger Rechtsbegriff, eine eigne Aufhebungsursache der Foderungsrechte werden, so muß es dem Schuldner gestattet sein, auch wider Willen des Gläubigers zu behaupten, daß dessen Foderung in Folge jener Fiction der Zahlung aufgehoben sei. Dieß läßt sich in zwiefacher Weise denken. Entweder der Schuldner hat das Recht, sich seine eigne Foderung mit dem Objecte seiner Schuld zu bezahlen, und aus dieser in seiner Person vorgegangenen compensatio eine Einrede gegen seinen Gläubiger herzuleiten. Hier würde die Foderung des Letzteren nicht durch eine fingirte Zahlung, sondern durch ein fingirtes Mandat oder eine fingirte Ratihabition als aufgehoben erscheinen. Oder, der Schuldner hat das Recht, von seinem Gläu-

22) S. unten §. 29.

biger zu verlangen, daß dieser sich selbst mit dem, was er dem Ersteren schuldet, bezahlt mache, oder zu behaupten, daß dieser sich auf solche Weise bezahlt gemacht habe. In diesem Falle würde die Foderung des Gläubigers durch jene fingirte Selbstzahlung, welche die Römer compensatio nennen, als aufgehoben erscheinen. Die Berufung auf jenes Recht würde also eine wahre exceptio compensationis (i. e. obligationis compensatione peremtae) sein. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus dem Begriffe der compensatio, soweit er oben bestimmt wurde, läßt sich keines dieser Rechte ableiten. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht, denn diese gestatten dem Schuldner weder, gegen den Willen seines Gläubigers an dessen Gläubiger zu zahlen [23]), noch auch, den Gläubiger wider seinen Willen mit der Zahlung an einen Andern zu verweisen; aus dem Begriffe der compensatio als einer ficta solutio nicht, denn diese fictio solutionis kann auch so zu verstehen sein, daß die Zahlung, wenn sie durch den Gläubiger selbst geschehen soll, nicht durch eine wirkliche äußerlich wahrnehmbare Handlung zu geschehen brauche, oder daß, wenn die Gläubiger einander ihre Foderungen erlassen, es so angesehen werden solle, als seien sie nicht durch remissio, sondern durch solutio getilgt. Nimmt aber das Gesetz auch wider den Willen des Gläubigers an, daß durch Gegenfoderung seine Foderung bezahlt sei, so wird die compensatio dadurch zu einem eigenen Rechtsbegriffe. Diese auch wider den Willen des Gläubigers stattfindende Fiction, daß seine Foderung durch Selbstzahlung erloschen sei, wird daher unter dem Worte compensatio vorzugsweise verstanden. Die Neueren nennen sie, zum Unterschiede von der compensatio voluntaria, comp. necessaria. Wer sich auf diese comp. necessaria zum Schutze gegen eine wider ihn

---

23) Vgl. darüber Müller: Wann wird der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers liberirt? im Archiv f. civ. Prax. Bd. 15. H. 2. no. 12.

erhobene Klage beruft, der schützt exceptionem compensationis vor, während die Berufung auf eine comp. voluntaria vielmehr eine exceptio pacti ist.

3. Compensatio tacita und expressa.

§. 4.

Aber auch die Realisirung der compensatio necessaria läßt sich auf sehr verschiedene Weise denken.

Drei Hauptvorstellungen kommen hierbei in Betracht.

1) Das Gesetz autorisirt den Richter, unter gewissen Voraussetzungen die gegenseitigen Foderungen für bezahlt zu erklären. Die exceptio compensationis bestünde dann in dem Antrage des Beklagten auf eine solche Erklärung und die Fiction der gegenseitigen Zahlung, die compensatio selbst träte mit der Rechtskraft des Erkenntnisses ein, welches diese Erklärung enthielte.

2) Das Gesetz autorisirt den Schuldner, zu erklären, daß er den Gläubiger mit der Zahlung auf das anweisen wolle, was er selbst von diesem zu fodern habe, und verpflichtet den Gläubiger, sich diese Erklärung gefallen zu lassen. Die exc. compens. bestünde dann in dieser Erklärung selbst, oder in der Behauptung, daß man dieselbe schon früher gethan habe; die compensatio träte in dem Augenblicke ein, wo jene Erklärung abgegeben wurde.

3) Das Gesetz nimmt an, daß der Schuldner stets lieber durch Anweisung an den Gläubiger als durch Baarzahlung zahlen werde, und verpflichtet daher den Gläubiger, sich auch ohne jene Erklärung des Schuldners mit demjenigen, was er selbst schuldet, ohne Weiteres für bezahlt zu achten, mithin, so lange, als unter den Parteien nichts Anderes ausgemacht ist, oder nicht der andere Theil selbst, als Gläubiger betrachtet, gegen jene Verpflichtung handelt, von seinem Foderungsrechte in so weit, als dasselbe durch Gegenschuld gedeckt ist, keinen Gebrauch zu machen. Die Compensation würde hiernach eintreten, sobald zwei compensable Gegenfoderungen existirten, und die exceptio compensationis ent-

hielte die Behauptung: compensationem factam esse, et ipso jure liberationem — creditorem sibi ipsum solvisse, vel debuisse solvere.

Es giebt Verhältnisse, auf welche nur die erste oder die zweite dieser Formen der compensatio anwendbar ist. Wenn z. B. in Theilungsprocessen jedem der streitenden Theile das zugesprochen wird, was er bereits von der gemeinsamen Masse besitzt: so liegt hierin offenbar eine Compensation der gegenseitigen Ansprüche (actiones) auf einen ideellen Theil der vom Andern besessenen Gegenstände. Diese Compensation kann aber nur durch einen Ausspruch des Richters vermittelt werden, weil keiner der Miteigenthümer befugt ist, sich eigenmächtig einzelne zur Gesammtmasse gehörige Gegenstände ausschießlich anzumaßen. Hat ferner A dem B sein Pferd verkauft, aber noch nicht abgeliefert, und wird nun B dem A ex legato ein Pferd in genere schuldig, so hat ohne Zweifel B das Recht, zu erklären, daß er dem A gerade das Pferd liefern wolle, welches dieser ihm ex vendito schuldig ist. Mit dieser Erklärung sind beide Foderungen getilgt, denn es liegt in derselben eine Verzichtleistung auf die Foderung ex vendito und zugleich eine traditio brevi manu dessen, was der Käufer dem Verkäufer ex legato schuldig war; es tritt also compensatio ein. Ohne eine solche Erklärung aber könnte hier wiederum eine compensatio nicht eintreten, weil A weder voraussetzen noch verlangen kann, daß B ihm gerade das Pferd liefern wolle oder solle, welches er demselben verkauft hat.

Sind aber die Objecte der beiden Foderungen einander völlig gleich, oder ausgleichbar, wie Geldsummen, und soll überhaupt compensatio stattfinden: so wird es offenbar am einfachsten und natürlichsten und in der Regel wohl auch am zweckmäßigsten und billigsten sein, wenn die beiden compensablen Foderungen, sobald sie existiren, ohne Weiteres für getilgt erachtet werden. Nur wird es auch in solchem Falle völliger Gleichheit den Parteien unbenommen sein, ihren Willen, daß comp. eintreten solle, einseitig oder zweiseitig zu

erklären. Es kann dieß schon deshalb zweckmäßig seyn, weil dadurch etwanige Zweifel an der Richtigkeit oder Compensabilität der Foderungen zur Sprache gebracht oder beseitigt werden können; es ist aber auch möglich, daß der einseitigen oder zweiseitigen Erklärung der compensatio vom Gesetze noch eine größere Wirksamkeit beigelegt werde, als der bloßen Existenz compensabler Gegenfoderungen, ohne dieselbe [24]. Im ersteren Falle können wir die compensatio eine compensatio tacita, im letzteren eine compensatio expressa nennen [25]. Letztere begreift auch die comp. voluntaria in sich, wir werden jedoch den Ausdruck comp. expressa nur von der einseitig erklärten comp. necessaria brauchen. Unter compensatio schlechthin ist aber im Zweifel stets die comp. tacita zu verstehen [26].

4. Von dem Rechtsgrunde der compensatio und den daraus sich ergebenden Grenzen ihrer Wirksamkeit

a) nach allgemeinen Grundsätzen.

aa) Die Compensation ist keine die Foderung nothwendig aufhebende Thatsache.

§. 5.

Wir betrachteten bisher die exceptio compensationis als ein dem Schuldner durch positive Gesetze verliehenes Recht, und die Aufhebung der gegenseitigen Foderungen durch einander als die Folge einer gesetzlichen Fiction. Möglich wäre aber

---

24) S. unten §. 28 und 29.

25) Die Einführung dieser neuen Kunstausdrücke wird sich hoffentlich durch den Gebrauch, der davon gemacht werden wird, und durch die Nachweisung, daß der dadurch bezeichnete Unterschied im röm. Rechte der Sache nach vorhanden und von praktischer Bedeutung sei, rechtfertigen. Für den Ausdruck comp. tacita läßt sich übrigens auch L. 67. §. 3. de leg. II. v. nam quae ratio caeteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem anführen.

26) Vgl. unten §. 32.

die Ansicht, daß es dazu einer solchen Fiction gar nicht bedürfe, daß vielmehr Gegenfoderungen, wie entgegengesetzte Größen oder Kräfte, einander nach den Gesetzen des Denkens nothwendig aufheben müßten, und daher die exceptio compensationis nichts Anderes sei, als die Berufung auf eine die Foderung mit logischer und juristischer Nothwendigkeit aufhebende Thatsache.

Die Folgen dieser Ansicht würden von der größten praktischen Wichtigkeit sein. Beruhte die comp. nehmlich auf einer solchen juristischen Nothwendigkeit, so könnte von dem Augenblicke an, wo sie eintrat, keine der beiden Foderungen unter keiner Bedingung mehr auf andere Weise, als compensando geltend gemacht werden. Wer z. B. nach diesem Augenblicke seine Schuld noch bezahlte, würde zwar unter geeigneten Umständen das Bezahlte, als ein indebitum, durch Condictionen zurückfodern, aber nie und unter keiner Bedingung sein früheres, durch die comp. erloschenes Klagerecht mehr ausüben können; wer sich an der exc. compensationis versäumte[27]), müßte zwar seinerseits ex re judicata bezahlen, aber ohne von dem andern Theile eine Zahlung erlangen zu können. Selbst ein pactum de non compensando würde der compensatio an sich nicht im Wege stehen. Endlich würde jeder Dritte, den es interessirte, eine der beiden Foderungen getilgt zu sehen, sich auf die stattgefundene comp. berufen können, und eine gleiche Berufung würde auch den beiden Gegenschuldnern gegen jeden Dritten zu gestatten sein.

Die Unrichtigkeit jener Ansicht ergiebt sich aber schon daraus, daß die Compensation nur Gleichheit der Objecte der beiden Gegenfoderungen voraussetzt. Durch die Gleichheit der Objecte werden aber noch keineswegs die Foderungen selbst einander gleich. Vielmehr behalten beide dessenungeachtet ihren individuellen, schon durch die Persönlichkeit des Schuldners bestimmten Charakter. Auch praktisch kann sich diese Ver=

---

27) Vorausgesetzt, daß eine solche Versäumniß möglich sei, worüber s. unten §. 90—92.

schiedenheit geltend machen, wenn z. B. einer der beiden Schuldner arm, der andere reich, der eine solvent, der andere insolvent ist. Gegenfoderungen lassen sich daher nicht als entgegengesetzte Größen oder Kräfte betrachten, so wenig als zwei mit gleichen Waffen versehene Kämpfer. Die Unrichtigkeit jener Ansicht ergiebt sich aber auch aus dem Begriffe der Foderung als eines auf eine bestimmte Leistung gerichteten Rechtes. Nach diesem Begriffe giebt es nur zwei Thatsächen, welche die Foderung nothwendig und in jeder Beziehung aufheben, nehmlich den Erfolg jener Leistung — solutio, und das Unmöglichwerden derselben — interitus speciei debitae (casualis [28])) [29]).

Dagegen verträgt es sich mit dem Begriffe einer Foderung sehr wohl, daß sie auch um anderer Ursachen willen nicht ausgeübt werden könne, obwohl sie an sich als bestehend gedacht werden muß. Diese Ursachen können theils physische [30]), theils rechtliche sein; die rechtlichen aber können eben in nichts Anderem bestehen als in einem dem Schuldner zustehenden selbständigen Rechte, dessen Gegenstand eben darin besteht, daß der Gläubiger die ihm gegen denselben zustehende Foderung nicht ausübe. Ein solches Recht des Schuldners auf Nichtausübung einer an sich bestehenden Foderung nennen wir eine Einrede im engeren und materiellen Sinne des Wortes. Eine solche also muß, ihrem materiellen Gehalte nach, auch die compensatio sein.

Allein auch die Natur dieser Einreden kann eine verschiedene, mithin auch der Umfang ihrer Einwirkung auf das Recht des Gläubigers ein verschiedener sein.

---

28) Der Zusatz casualis ist eigentlich nicht nöthig, denn durch den Untergang des Objectes erlischt die Schuld stets und nothwendig, nur daß, wenn dieser Untergang durch culpa oder dolus des Schuldners veranlaßt ist, eine neue Foderung ex culpa oder ex dolo entsteht.

29) Diese beiden Thatsachen betrachtete schon Pomponius L. 107. de solutt. 46, 3. als modi toll. obl. naturales.

30) Z. B. Flucht des Schuldners, Insolvenz u. s. w.

bb) Die Compensation ist eine auf Billigkeit und positive Gesetze gegründete Einrede.

§. 6.

Einige derselben lassen sich auf allgemeine Rechtsprincipien zurückführen. Dahin gehören z. B. alle möglichen Arten von liberatorischen Verträgen [31]. Auch sie vernichten das Recht des Gläubigers an sich keinesweges. Vielmehr besteht dasselbe nach dem Grundsatze: pacta tertio nec nocent nec prosunt, im Verhältnisse zu dritten Personen noch fort, außer insofern durch dessen Geltendmachung gegen Dritte auch das Recht des Mitpaciscenten geschmälert werden würde [32]. Dagegen wirken sie unter den Parteien eben so nothwendig und vollständig, wie solutio und interitus rei debitae. Zu diesen natürlichen Einreden, wenn man so sagen will, gehört nun ohne Zweifel die comp. voluntaria, da sie, wie wir oben gesehen haben, wesentlich auf einem Vertrage beruht. Allein die comp. necessaria läßt sich, wie ebenfalls oben bemerkt wurde, aus allgemeinen Rechtsprincipien nicht ableiten. Zwar hat Donellus [33] auch sie auf einen Vertrag, nehmlich einen stillschweigenden, zurückzuführen versucht, indem er sagt: derjenige Schuldner, der seine Schuld zur rechten Zeit nicht bezahle, habe damit zu erkennen gegeben, daß er sie in solutum auf seine Foderung innebehalten wolle; der Schuldner könne ihm daher, wenn er später dennoch klage,

---

31) Welche Einreden außerdem hierher gehören, ist hier nicht der Ort zu untersuchen. Leicht dürfte sich dieß von der exceptio doli erweisen lassen.

32) Ich berufe mich wegen dieses Princips gleich hier, obwohl noch nicht vom positiven röm. Rechte die Rede ist, auf L. 21. §. 5. de pactis 2, 14. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius, qui paciscebatur, interfuit, vgl. mit L. 6. L. 7. ad Sct. Vellej. 16, 1. L. 9. §. 3. de Sct. Maced. 14, 6., als auf ein geschriebenes Naturrecht.

33) Comm. jur. civ. lib. 16. c. 15. p. 919. lin. 46. sq. nach der Hanauer Ausgabe von 1612.

mit vollem Rechte einwenden: creditorem sibi ipsum solvisse. Allein diese Ansicht setzt voraus, daß der klagende Gläubiger sich mit seiner eigenen Schuld in mora befinde, was bei der compensatio keineswegs vorausgesetzt wird. Auch lassen sich, z. B. bei einem Insolventen, viele andere Gründe des Nichtzahlens denken, als der Wille, zu compensiren.

Die compensatio gehört vielmehr zu den eigentlichen Ausnahmerechten, den Einreden im engsten Sinne, welche nur auf positiver Gesetzgebung beruhen. Was die positive Gesetzgebung zu dergleichen Ausnahmerechten bewegen kann, ist die Billigkeit und das praktische Bedürfniß, aequitas und utilitas im Sinne der Römer[34]). Aus diesen nur allein läßt sich die compensatio rechtfertigen. Denn hat gleich ein jeder von zwei gegenseitigen Gläubigern nach allgemeinen Grundsätzen ein unbestreitbares Recht, auf Baarzahlung zu bestehen, so hat er doch daran, wenn die Objecte der Foderungen ein-

34) Eine treffliche Entwickelung des Begriffes der aequitas findet sich in Burchardi's Lehre v. d. Wiedereins. in d. vor. Stand. S. 1 ff. Sie beruht auf der Betrachtung, daß die unendlich mannichfaltigen Combinationen der factischen Verhältnisse des Lebens Umstände herbeiführen können, unter denen consequente Anwendung selbst des vollkommensten positiven Rechtssystemes, weil es auf Abstraction beruht, zu materieller Ungleichheit in der Beurtheilung gleicher Verhältnisse (daher iniquitas) führen würde, welche das Rechtsgefühl verletzt (daher Billigkeit, von Bill = Recht). Daß aber die öffentliche Rechtspflege dem Rechtsgefühle entspreche, liegt im Interesse des Staates (utilitas). Es ist daher praktisches Bedürfniß, daß anerkannte aequitas Geltung erhalte. Aequitas und utilitas werden daher häufig gleichbedeutend gebraucht, und beide dem jus strictum entgegengesetzt. L. 95. §. 7. de solutt. 46, 3. L. 1. §. 5. quando appellandum 49, 4. L. 3. §. ult. de const. pecun. 13, 5. L. 8. C. de acquir. poss. 7, 32. L. 43. de religiosis 11, 7. §. 30. J. de mandato 3, 27. Der Unterschied im Sprachgebrauche dürfte vorzüglich darin bestehen, daß bei aequitas mehr an Beschränkung, bei utilitas mehr an Erweiterung der Grundsätze des jus strictum gedacht wird.

ander gleich sind, kein denkbares rechtliches Interesse, vielmehr haben dann beide Theile ein Interesse[35]), sich Zeit und Mühe der Baarzahlung zu ersparen. Wer also dessenungeachtet auf Baarzahlung besteht, von dem muß angenommen werden, daß er es in der unredlichen Absicht thue, sich der ihm selbst sofort obliegenden, und im Mangel anderer Zahlungsmittel mit demjenigen, was er selbst erhielte, zu bewirkenden Zahlung ganz oder zum Theil zu entziehen[36]), wodurch aber das rechtliche Interesse des Andern, sich seine Befriedigung lieber durch Innebehaltung seiner Schuld zu sichern, als dieselbe von dem höchst problematisch gewordenen Wollen und Vermögen des Schuldners zu erwarten[37]), um so größer werden würde.

Bei solchen Rechten aber, welche dem Schuldner lediglich zum Schutze gegen unbillige Ansprüche ertheilt sind, wird der Einfluß, den sie auf die Rechte der Parteien, auch in ihrem Verhältnisse gegen einander, ausüben sollen, stets nach den speciellen Rücksichten der Billigkeit zu bestimmen sein, welche dazu Veranlassung gaben; es könnte sonst leicht das, was zum Schutze und zum Vortheile des Schuldners dienen soll, gerade zu seinem größten Nachtheile gereichen[38]). Daß

35) Auf ein solches beiderseitiges Interesse wird der Begriff der aequitas zurückgeführt in L. 29. de solutt. 46, 3. Auch das einseitige Interesse kann nach dem Grundsatze quod mihi prodest, et tibi non nocet cet. bei der aequitas in Betracht kommen.

36) Dolo agit, qui petit, quod redditurus est. L. 173. §. 8. de R. J. L. 8. de doli exc. 44, 4.

37) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere L. 2. h. t.

38) So heißt es z. B. in L. 16. de exc. rei jud. 44, 2. Evidenter iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est, was mit andern Worten auch so ausgedrückt werden könnte: nocere rei jud. exc. ei, secundum quem judicatum est.

von dritten Personen und gegen dieselben auch aus solchen Thatsachen an sich höchstens insofern Rechte abgeleitet werden können, als dieß zum Schutze des Schuldners, zu dessen Gunsten sie gegeben sind, nothwendig ist, folgt schon aus dem Begriffe eines dem Schuldner gegen den Gläubiger verliehenen Rechtes.

Ist nun die compensatio ihrer Natur nach nur ein solches zu Gunsten des Schuldners vermöge positiver Gesetzgebung stattfindendes, auf Billigkeit gegründetes Ausnahmerecht, so werden wir ihr auch im Zweifel nur die Wirkungen eines solchen beilegen müssen. Wir werden z. B. annehmen müssen, daß durch dieselbe die Foderung eines jeden der beiden Gläubiger nur insofern als aufgehoben betrachtet werde, als ihm diese Fiction zum Schutz gegen unbillige Ansprüche nothwendig und ihm einen solchen zu gewähren geeignet ist, als er endlich nicht etwa selbst sich dieses besondern Schutzes begeben hat. Bezahlt er also z. B. seine Schuld freiwillig, oder will er sich der exceptio comp. in einem Rechtsstreite nicht bedienen, so wird ihm, der compensatio ungeachtet, auch die Verfolgung seiner Ansprüche zu gestatten sein. Nur beweist freilich dieses allgemeine Raisonnement an sich noch nicht, daß die Compensation in einem gewissen positiven Rechtssysteme, namentlich im römischen Rechte, auch wirklich nur diese beschränkte Wirkung habe, denn möglich wäre es immer, daß das röm. Recht über das Wesen der comp. ganz andere Ansichten gefaßt, oder doch wenigstens die Wirkungen derselben über die natürlichen Grenzen des Begriffes hinaus erweitert habe. Ob dieß geschehen sei oder nicht, wird der Gegenstand specieller historischer Untersuchung in den folgenden Capiteln sein müssen. Hier soll nur noch nachgewiesen werden, daß auch das römische Recht, obwohl von anderen Grundideen ausgehend, doch der Sache nach und im Ganzen mit den obigen Ansichten über die Aufhebung der Foderungsrechte im Allgemeinen, und über den Charakter der compensatio insbesondere übereinstimmt.

b) nach römischem Rechte.

aa) Die compensatio ist kein modus tollendi obligationem.

§. 7.

Dem Systeme des römischen Civilrechtes ist der Begriff einer Foderung, mithin auch der eines derselben entgegenstehenden Rechtes, völlig fremd. Ja, es giebt nicht einmal ein Wort in der Sprache der Römer, welches dem Begriffe der Foderung vollkommen entspricht. Am nächsten kommt ihm noch das Wort actio in seiner materiellen Bedeutung, die es aber auch erst in späterer Zeit erhalten hat.

Statt dessen finden sich im alten Civilrechte die Begriffe obligatio, nexus, ursprünglich offenbar nichts Anderes als contractus [39]; eine zwischen gewissen Personen stattfindende Verbindung. Aus dieser Verbindung entspringt nun zwar auf der einen Seite ein debere, ein dare, facere oportere, mithin auch auf der andern Seite ein solches Recht, welches wir Foderung nennen. Allein diese Begriffe waren dem Römer zu abstract, um sie in sein Rechtssystem aufzunehmen; er sprang vielmehr von dem Begriffe der obligatio gleich zu dem über, was der Foderung ihre äußerlich wahrnehmbare Kraft giebt, der actio. Obligatio und actio sind also der römischen Theorie nach correlate, unmittelbar mit einander zusammenhangende Begriffe.

Dem Begriffe der obligatio war es nun gemäß, mithin, die Realität dieses Begriffes vorausgesetzt, natürlich und juristisch nothwendig, daß dieselbe durch die nehmlichen Thatsachen aufgelöst werde, durch die sie entstanden sei, also nicht bloß durch solutio, sondern auch durch acceptilatio und dissensus [40], je nach der Art ihrer Entstehung; daß

39) Daher contrahitur obligatio. Auch sind die obligationes ex delictis und mehr noch die ex variis causarum figuris offenbar späteren Ursprungs. Vgl. Hugo's Rechtsgesch. (10. Ausgabe) Bd. 1. S. 241 u. 245.

40) L. 35. de R. J. Nihil tam naturale est, quam eo genere

sie ferner aufgelöst werde, wenn durch ein gleich starkes Band, wie dasjenige war, welches sie hervorgebracht hat, eine neue obligatio an deren Stelle gesetzt wird (novatio mit ihren verschiedenen Formen, der delegatio, litis contestatio, res judicata u. s. w.), oder wenn die beiden rei, zwischen denen jener nexus stattgefunden, in eine Person zusammenfallen (confusio). Die genannten Thatsachen sind also nach rein römischer Rechtsansicht modi tollendi obligationem, d. h. Thatsachen, welche die obligatio ihrem Begriffe nach aufheben. Mit der obligatio fällt aber auch deren Product, die actio, in formeller und materieller Bedeutung, nothwendig hinweg.

Das römische Recht erkennt also, von dem willkürlichen Begriffe der obligatio ausgehend, mehre Thatsachen als modi tollendae actionis an, die wir, von dem natürlichen Begriffe der Foderung ausgehend, nur als Gründe zur Gestattung einer Einrede betrachten müssen [41]. Es ist daher möglich, daß das röm. Recht auch die compensatio, als eine ficta solutio, zu den modis tollendae actionis gerechnet und ihr daher auch die Wirkungen einer die Foderung nothwendig aufhebenden Thatsache, namentlich der solutio, beigelegt habe, wie denn auch die acceptilatio ihrer Form nach [42]) auf einer fictio solutionis beruht.

Allein erstlich findet sich die compensatio nirgends, weder in den vorjustinianischen, noch in den justinianischen Rechtsquellen, unter den modis tollendarum obligationum

---

quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

41) Ja sogar reine Einredeerechte im engsten Sinne des Wortes finden sich darunter, wie z. B. die exceptio rei judicatae, die nur auf der utilitas, dem praktischen Bedürfnisse beruht, die aber auch diesen ihren singulären Charakter im neueren röm. Rechte durchaus nicht verleugnet.

42) Denn ihrem Wesen nach ist sie ein liberatorischer Vertrag.

erwähnt, vielmehr liefert die Geschichte derselben den Beweis, daß sie dem Systeme des Civilrechtes ganz fremd war, mithin unter die modos tollendae oblig., welche sämmtlich aus dem Civilrechte entspringen, nicht gehören könne. Zweitens würde daraus, daß die compensatio zu den modis tollendarum obligationum gerechnet würde, noch gar nicht folgen, daß sie alle diejenigen Wirkungen habe, welche den die Foderung mit Nothwendigkeit aufhebenden Thatsachen, namentlich der solutio, zukommen. Denn diese werden auch im römischen Rechte keineswegs allen modis tollendarum obligationum, sondern vollständig nur der solutio beigelegt [43].

bb) Die compensatio ist eine reine, auf aequitas beruhende exceptio.

§. 8.

Wenn in dem römischen Processe der Beklagte dem judex die Existenz eines modus tollend. obligationis erwies, so mußte dieser ihn absolviren, weil er nicht erkennen konnte, reum debere; dare, facere oportere, wenn derselbe jure solutus war. Andere materielle Gründe, den Beklagten von einem an sich begründeten und erwiesenen Anspruche zu entbinden, gab es im Civilrechte nicht. Bei zunehmendem Verkehr und fortschreitender Rechtsbildung aber mußte die Mangelhaftigkeit dieses civilrechtlichen Systemes über die Auf-

---

43) Am nächsten kommt der solutio die acceptilatio. Allein auch diese nicht bei allen Arten von Foderungen L. 8. §. 3. L. 19. de acceptil. 46, 4. und acceptilatio des adjectus, des filius familias, des servus, selbst jussu domini, hebt die Foderung nicht auf. L. 10. de solutt. 46, 3. L. 22. de acceptil. 46, 4. Noch größer ist der Unterschied bei confusio und novatio. L. 27. pr. de pactis 2, 14. L. 71. pr. de jussoribus 46, 1. L. 43. de solutt. 46, 3. L. 19. de duobus reis 45, 2.; am größten bei der litis contestatio, wodurch nicht einmal Bürgen und Pfänder frei werden, und bei der res judicata wegen des Grundsatzes: res judicata jus facit inter partes, und weil sogar die obligatio naturalis fortdauert.

hebung der Foderungsrechte bald fühlbar werden, da selbst solche Einwendungen, deren Berücksichtigung eine spätere Zeit aus allgemeinen Gesetzen des Denkens herleiten zu können glaubte[44]), darin übergangen waren. Dessenungeachtet aber hielt man an diesem Systeme, als dem wahren, nur durch die gesetzgebende Gewalt des Volkes abzuändernden Rechte fest und betrachtete, diesem gegenüber, Alles, was Vernunft und praktisches Bedürfniß erheischten, nur als ein Ergebniß der aequitas und utilitas. Dieser aequitas Geltung zu verschaffen, fiel bei der Schwerfälligkeit der Gesetzgebungsorgane der jurisdictio des Prätor anheim [45]); er that dieß, indem er den judex auf Ansuchen des Beklagten autorisirte, denselben ausnahmsweise nicht zu condemniren, dafern er eine gewisse von ihm behauptete Thatsache erweise, die das Verlangen des Klägers als iniquum erscheinen lasse, — dem Beklagten eine exceptio ertheilte. Der Charakter dieser exceptiones,

44) Selbst interitus rei scheint in das ursprüngliche civilrechtliche System der modi tollend. obligatt. nicht zu gehören. Indeß wurde er wohl durch die Praxis auch ohne exceptio berücksichtigt, weil das Gegentheil zu sehr contra tenorem rationis gewesen wäre.

45) Wenn man sich erinnert, wie schwer es hielt, das Volk für rein privatrechtliche Gesetzgebungsgegenstände zu interessiren, und wie schwierig es überhaupt war, einen Gesetzvorschlag bei den Römern durchzubringen, so wird man gestehen müssen, daß es durchaus nothwendig war, dem Edicte des Prätor nicht nur eine adjutoria, sondern auch eine suppletoria, ja selbst eine correctoria potestas beizulegen. Ein ähnliches Bedürfniß muß in allen constitutionellen Staaten fühlbar werden und ist daher z. B. auch in Sachsen durch die dem künftigen Oberappellationsgerichte beigelegten Befugnisse berücksichtigt worden. Anders ist es freilich, wo, wie unter den römischen Kaisern, dem Bedürfnisse der Praxis sogleich durch Rescripte abgeholfen werden kann. Daher verfiel alsdann das Edict. Uebrigens machte der Prätor gewiß von seiner correctoria potestas nur dann Gebrauch, wenn das umstehende Volk sein Verlangen nach Berücksichtigung der aequitas im besonderen Falle laut zu erkennen gab, mithin in der That ein Gesetz, nur nicht in der Form, gab.

wie aller prätorischen Rechtsmittel, war anfangs gewiß rein processualisch. Der Beklagte hatte auf die Ertheilung der exceptio kein Recht; der Prätor ertheilte sie nach freiem Ermessen und nur für den einzelnen Fall. Aber auch selbst die Ertheilung der exceptio machte keine Aenderung in dem materiellen Rechtsverhältnisse der Parteien. Die obligatio, die actio wurde dadurch nicht aufgehoben; der Kläger blieb creditor, nur daß er sein Recht aequitatis causa nicht wirksam ausüben konnte [46]). Diese Ansicht von dem Wesen der exceptio erhielt sich in der Theorie bis in die späteste Zeit, wiewohl sich die Praxis veränderte. Denn als der Prätor die Ursachen, aus denen er Exceptionen ertheilen wolle, im Edicte zum Voraus bestimmte; als sein Ermessen durch Gesetze an den Inhalt dieses Edictes gebunden, und dadurch das prätorische Edict selbst eine Quelle des materiellen Rechtes wurde, da mußte auch die exceptio einen Einfluß auf das materielle Rechtsverhältniß der Parteien erhalten. Man gelangte nun zu dem Begriffe einer materiellen exceptio im römischen Sinne, d. h. eines auf eine selbständige prätorische obligatio und auf aequitas gegründeten materiellen Rechtes, die Entbindung von einer nach dem Civilrechte gültigen (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Anfoderung ausnahmsweise zu verlangen, und schrieb diesem Exceptionsrechte einen, wenn auch beschränkten, Einfluß auf die Fortdauer des materiellen Foderungsrechtes zu [47]).

---

46) Wer weiß, ob nicht ursprünglich bei allen Exceptionen die obligatio naturalis stehen blieb, wie noch im justin. Rechte bei dreien. S. unten §. 42.

47) So sagt Marcellus: desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam nec a naturali jure abhorrentem. L. 66. de R. J. 1. und Paulus spricht von einem perimi actionem exceptione. L. 34. §. 1. de O. et A. 44, 7. Auch das paulinische: Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, muß von einem solchen materiellen Einflusse verstanden werden, da es eine formelle Verschiedenheit als bestehend voraussetzt. Nur darf man daraus auf keine vollständige

Zu diesen Ausnahmerechten rechnete man nun aber nicht bloß solche Einwendungen, deren Berücksichtigung nach den oben entwickelten Principien als wirkliche, nur auf Billigkeit gegründete Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen erschien, sondern, vermöge der obgedachten, auf historischen Gründen beruhenden Erweiterung des Begriffes der aequitas, alle diejenigen Einwendungen, die auf dem prätorischen Edicte beruhten und in der Form einer exceptio geltend gemacht werden mußten, wenn sie auch der späteren Zeit als ein Ausfluß allgemeiner Rechtsgrundsätze erschienen. Indeß finden sich allerdings Spuren, daß auch dieser Unterschied zwischen den Einrederechten selbst von den späteren Juristen gefühlt wurde[48].

Daß nun die compensatio in den Formen der exceptio geltend gemacht wurde, wird unten vollständig erwiesen werden. Ja sogar daß sie von den Römern als eine reine Einrede, ein auf positives Recht gegründetes Ausnahmerecht betrachtet wurde, läßt sich aus ihrer Stellung in Pandekten und Codex[49]) und aus dem Umstande, daß bei ihr mehr als bei allen anderen Exceptionen hervorgehoben wird, daß nur die aequitas ihr Rechtsgrund sei[50]), schließen.

Aufhebung der actio schließen. Die Beschränkungen selbst sind bei den verschiedenen Exceptionen höchst verschieden.

48) Eine solche Andeutung liegt schon in den oben angeführten Worten des Marcellus: desinit cet. qui nactus est exceptionem justam nec a jure naturali abhorrentem. Dieß setzt voraus, daß es auch exceptiones gebe, von denen das jus naturale nichts weiß, und dieses jus naturale muß etwas von der aequitas Verschiedenes sein, da die aequitas das charakteristische Merkmal der exceptio überhaupt ist. Gajus, J. C. IV, §. 116 sqq.

49) S. unten §. 33.

50) So sagt Papinian in L. 36. de adm. et peric. tut. 26, 7: aequitas, quae merum jus compensationis inducit; ja die compensatio selbst wird geradezu aequitas compensationis genannt in L. 5. L. 6. C. h. t. L. 1. C. rer. amotar. 5, 21. L. 18. h. t., und bei der Entscheidung zweifelhafter Fälle wird auf

Allein auf die Wirkungen der compensatio im römischen Rechte erlaubt auch dieses Resultat noch keinen sichern Schluß. Denn wenn auch die Rechtsansicht, daß die exceptio, als ein Recht des Schuldners, nur unter den Parteien wirke, und daß eine reine exceptio selbst zwischen diesen die Foderung nicht nothwendig und in jeder Beziehung aufhebe, hier und da hervorleuchtet[51]: so ist sie doch keineswegs consequent durchgeführt. Vielmehr sind die Exceptionen in ihren Wirkungen äußerst verschieden; die Praxis und die Gesetzgebung hat hierin Manches geändert; es finden sich sogar Einreden, die in einer Hinsicht die Wirkungen einer die Foderung nothwendig aufhebenden Thatsache haben, während sie in anderer Hinsicht als reine Einrederechte erscheinen[52]. Nur darauf möge hier noch aufmerksam gemacht werden, daß die compensatio, als eine fingirte solutio, wohl nicht die volle Wirksamkeit einer wahren solutio haben könne[53], und daß schon in der Form, in welcher jene fictio erscheint: creditorem sibi ipsum solvisse[54], zu liegen scheint, daß deshalb nicht auch die Foderung des Schuldners unbedingt als aufgehoben zu betrachten sei, sondern

---

die aequitas provocirt. L. 5. h. t. Dagegen ist hier von einer aequitas naturalis nirgends die Rede, während von den pactis es heißt: huius edicti aequitas naturalis est, d. h. der Satz, daß pacta gelten, ist vielmehr ein Satz des Naturrechtes als der aequitas; er beruht auf einer allgemeinen Rechtsidee. Vgl. L. 1. pr. de pactis.

51) Am auffallendsten da, wo eine naturalis obligatio als fortbestehend angenommen wird. S. unten §. 42.

52) So z. B. die exc. rei judicatae. L. 1. de exc. rei jud. 44, 2. L. 24. L. 60. pr. de cond. indeb. 12, 6. vgl. mit L. 23. de solutt., wo sie geradezu der exc. solutionis an die Seite gesetzt wird, und überdieß Gajus l. c. III, §. 181. IV, §. 106—108. Ferner die exc. pacti L. 17. §. 1. de pactis 2, 14. vgl. mit L. 21. §. 5. eod.

53) Schon die Basiliken sagen von ihr: μίμησιν ἔχει τῆς καταβολῆς.

54) L. 31. §. 1. de hered. pet. cit. L. 95. §. 8. de solut. cit.

nur die des Gläubigers, welcher klagt, zum Schutze des Schuldners (ein Schutz, der freilich auch dem Gläubiger zu Statten käme, wenn er als Schuldner belangt würde) für bezahlt geachtet werde.

5. Von den möglichen Bedeutungen des Satzes: compensatio fit ipso jure.

a) Weitere Bedeutung der Worte: ipso jure.

§. 9.

Drei Fragen sind es, die wir in dem Bisherigen als die Hauptgegenstände unserer Untersuchung kennen gelernt haben, nehmlich

I. Giebt es im röm. Rechte überhaupt eine compensatio necessaria?

II. Setzt dieselbe eine Erklärung des Schuldners, compensiren zu wollen, voraus, oder nicht?

III. Steht sie in ihren Wirkungen den die Foderung nothwendig aufhebenden Thatsachen gleich, oder hält sie sich in den Grenzen eines reinen Einrederechtes?

Alle diese drei Fragen hat man durch die Eine Frage auszudrücken versucht: Findet die compensatio ipso jure statt, oder nicht? Wir haben daher noch zu untersuchen, in wiefern dieß geschehen, in wiefern die obigen drei Fragen durch den Satz: comp. fit ipso jure oder non ipso jure, beantwortet werden können, oder nicht.

Wenn wir von einer Person oder Sache sagen, daß sie einen gewissen Erfolg selbst hervorgebracht habe, so schließen wir dadurch eine gewisse oder auch überhaupt alle fremde Mitwirkung aus. Ebenso wird im Lateinischen das Wort ipse gebraucht. Heißt es also, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg ipso jure hervorgebracht, ein gewisses Recht (im subjectiven Sinne) ipso jure erworben werde, so liegt darin, daß nur das Recht (im objectiven Sinne) oder das Gesetz als die Ursache jenes Erfolges zu betrachten sei. Es fragt sich nur, welche fremde mitwirkende Kraft dadurch als ausgeschlossen

gedacht wird. Diese Frage dürfte sich durch folgende Betrachtung beantworten.

Zur Hervorbringung eines jeden rechtlichen Erfolges gehört zweierlei: ein Gesetz, welches diesen Erfolg mit der Existenz gewisser Thatsachen verknüpft, und die Existenz dieser Thatsachen selbst. Ist nun die Thatsache, mit welcher ein gewisser rechtlicher Erfolg verbunden ist, eine durch reine Naturkräfte, oder zwar wohl durch menschliche Handlungen, aber ohne die Absicht, jenen Erfolg hervorzubringen, herbeigeführte, daher zufällige, Thatsache, so ist das Gesetz die einzige in dem Gebiete des menschlichen Willens gegründete, mithin juristisch, oder, nach der älteren Ausdrucksweise, moralisch betrachtet, die einzige Ursache jenes Erfolges. Man sagt daher in diesem Falle, daß er ipso jure eintrete. Ist aber jene Thatsache eine auf die Hervorbringung dieses Erfolges gerichtete menschliche Handlung, so enthält auch der Entschluß des Handelnden eine juristische Ursache jenes Erfolges; dann kann man also sagen, daß derselbe nicht ipso jure eintrete.

Dieß ist die weiteste, so zu sagen, grammatische, aber nicht technische, und daher auch seltnere Bedeutung der Worte ipso jure[55]), auf die aber alle anderen Bedeutungen derselben zurückgeführt werden müssen. Einen allgemeinen Gegensatz von ipso jure in dieser Bedeutung giebt es im classischen Latein nicht, vielmehr bilden den Gegensatz die einzelnen menschlichen Handlungen, die dadurch je nach der Verbindung, in welcher diese Worte vorkommen, als ausgeschlossen gedacht werden, und durch diese speciellen Gegensätze erhält denn auch das ipso jure selbst mehre specielle Bedeutungen, für: „ohne Erbschaftsantretung", „ohne Cession", „ohne Emancipation" u. s. w., wiewohl es auch bisweilen gebraucht wird, ohne gerade an eine solche bestimmte Handlung zu denken, wo

55) Nur diese Bedeutung hat ipso jure in L. 1. §. 17. quod legator. 43, 3. L. 14. de suis et legit. hered. 38, 16. L. 72. pr. de solutt. 46, 3. Der Inhalt dieser Stellen wird unten noch näher in Betracht gezogen werden.

es denn unserem deutschen „ohne Weiteres" entspricht. Die Juristen der neueren Zeit setzen dem ipso jure in dieser Bedeutung „facto hominis" entgegen.

Dieß auf die compensatio angewendet, so kann der Satz comp. fit ipso jure heißen: die comp. erfolgt ohne Uebereinkunft der Parteien; er kann aber auch heißen: sie erfolgt selbst ohne eine einseitige Erklärung durch die bloße Coexistenz compensabler Gegenfoderungen. Indeß ergiebt sich, daß in dem ersteren Sinne nur uneigentlich gesagt werden könnte: comp. fit ipso jure, da hierbei denn doch immer noch zur Hervorbringung der compensatio eine auf diesen Zweck gerichtete menschliche Handlung erfoderlich wäre.

b) Engere Bedeutung der Worte ipso jure.

§. 10.

Eine engere, technische, und darum gewöhnlichere Bedeutung erhielt ipso jure im röm. Rechte dadurch, daß man dabei vorzugsweise an diejenigen Handlungen als ausgeschlossen dachte, durch welche der Prätor der aequitas gegen das jus civile et strictum seinen Schutz verlieh. Der allgemeine Gegensatz von ipso jure in dieser Bedeutung ist jurisdictione[56]) oder tuitione Praetoria[57]); specielle Gegensätze sind: per bonorum possessionem, per in integrum restitutionem, per exceptionem. Unter diesen speciellen Gegensätzen ist aber wiederum der per exceptionem der gewöhnlichste und in unserer Lehre der einzig denkbare. Actio ipso jure peremta est, heißt hiernach: der Beklagte bedarf, um eine Gegenfoderung geltend zu machen, keiner formellen exceptio; sein Einwand muß officio judicis berücksichtigt werden. Ipso jure ist hiernach also praktisch gleichbedeutend mit officio judicis.

---

56) L. 88. de solutt. 46, 3.

57) L. 1. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4. L. 9. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

Diese seine eigenthümliche Bedeutung mußte nun freilich der Gegensatz ipso jure und per exceptionem verlieren, als der ordo judiciorum und mit ihm der Gebrauch der formellen exceptiones aufhörte. Allein es knüpften sich an den Gebrauch der exceptio manche, wiewohl nur processualische Folgen, die auch nach aufgehobenem ordo judiciorum fortbestehen konnten, die, nach der Regel cessante ratione legis non cessat lex ipsa fortbestehen mußten, so lange sie nicht durch ein besonderes Gesetz aufgehoben wurden, und deren einige, wie später nachgewiesen werden wird, auch wirklich bis auf Justinian's Zeit fortbestanden. Wenn also auch in späteren Rechtsquellen der Gegensatz ipso jure und per exceptionem noch vorkommt, ja, wenn ein besonderes Gewicht darauf gelegt wird, daß etwas, das früher per exceptionem stattfand, nunmehr ipso jure stattfinde: so werden wir dabei zunächst an diese processualischen Folgen des ehemaligen Gebrauches einer formellen exceptio zu denken haben.

Zweierlei ist jedoch bei dieser engeren und engsten Bedeutung von ipso jure noch zu bemerken.

Erstlich: daß etwas ipso jure in der engeren Bedeutung stattfinden könne, ohne deshalb ipso jure in der weiteren stattzufinden, und umgekehrt. So wird z. B. gesagt, daß jeder Civilerbe die Erbschaft ipso jure (im engeren Sinne) erwerbe[58]), während doch nur der suus heres sie ipso jure in der weiteren Bedeutung erwirbt; so wird andrerseits gesagt, daß durch den zufälligen Untergang des dem Gläubiger offerirten schuldigen Geldes der Schuldner ipso jure (in der weiteren Bedeutung — „ohne Weiteres") frei werde, obgleich er diese Befreiung nur durch eine doli exceptio geltend machen kann[59]). Der Schluß: compensatio fit ipso jure (in der

---

58) §. 2. J. de bonor. poss. 3, 10, vgl. mit L. 14. de suis et legit. hered. cit.

59) L. 72. de solutt. cit. Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusaverit, deinde

weiteren und respective der engeren Bedeutung), ergo fit ipso jure (in der engeren und respective weiteren Bedeutung) ist also ein Fehlschluß.

Zweitens: daß durch die Hindeutung auf den prätorischen Schutz die Worte ipso jure noch gewisse Nebenbedeutungen erhalten haben.

c) Nebenbedeutungen der Worte ipso jure.

§. 11.

Weil nehmlich 1) dasjenige, was auf dem jus civile beruht, des prätorischen Schutzes nicht bedarf, so heißt ipso jure häufig so viel, als jure civili[60]. Nur darf man daraus nicht schließen, daß Alles, was mit ipso jure bezeichnet wird, auf dem jus civile beruhe, weil in späterer Zeit sehr Vieles, was ursprünglich dem prätorischen Rechte angehört, auch ohne die Formen des prätorischen Schutzes, mithin ipso jure, berücksichtigt worden ist, und weil auch bei den jure civili eintretenden Erfolgen die Frage entsteht, ob sie eine auf deren Hervorbringung gerichtete Handlung voraussetzen, oder nicht. Diese Bedeutung interessirt uns hier weiter nicht, denn daß die compensatio nicht auf dem jus civile beruhe, bedarf wohl keines ausführlichen Beweises.

---

debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri — — et sane, si servus erat in dote, eumque obtulerit maritus, et is servus decessit; aut numos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso jure non tenebitur.

60) Z. B. L. 14. de suis et legit. cit. und L. 31. §. 1. de donatt. int. v. et n. 24, 1, wo es heißt, vermöge des Sctum de confirm. donatt. sei es Rechtens, „ut et ipso iure res fiant ejus, cui donatae sunt, et obligatio fiat civilis; ferner §. 2. J. de b. p. cit. und Ulp. fragm. tit. 1. §. 10. v. Hodie tamen (inter amicos manumissi) ipso iure liberi sunt ex Lege Junia. Auch hier aber liegt immer eine jener bestimmten Hauptbedeutungen zum Grunde. In den beiden ersten Stellen ist der Gegensatz sine facto hominis (aditione — traditione), in den beiden letzteren sine tuitione Praetoria.

Weil ferner 2) der Charakter des jus civile vorzugsweise in einer logischen Consequenz aus gewissen allgemeinen nationalen Ideen und Begriffen bestand, diese Ideen und Begriffe aber mit der ganzen Denkungsweise des Römers so verwachsen waren, daß Alles, was daraus folgte, ihm als ein jus *κατ' ἐξοχήν*, ein jus naturale, erschien, wogegen er das prätorische Recht, obwohl es der naturalis — d. i. der nicht in den Fesseln des jus civile befangenen civilis — ratio oft weit natürlicher und gerechter erscheinen mußte, als das jus civile[61] s. strictum, der Theorie nach immer nur als ein aequitatis s. utilitatis causa receptum betrachtete: so verband sich mit den Worten ipso jure die Nebenidee einer gewissen juridischen Nothwendigkeit[62]. Ueberall, wo ipso jure im Gegensatze von Instituten des prätorischen Rechtes gebraucht wird, läßt es sich wenigstens denken, daß eine solche Nebenidee damit verbunden werde, sollte die Nothwendigkeit auch nur in der nothwendigen Anerkennung eines Billigkeitsprincipes bestehen. Selbst wo ipso jure ohne Beziehung auf das prätorische Recht in seiner weiteren Bedeutung gebraucht wird, läßt sich in der Regel im Hintergrunde eine solche Neben-

---

61) Man erinnere sich z. B., in welchem Sinne Ulpian in L. 35. de R. J. es naturale nennt, daß eine verborum obligatio durch contraria verba aufgelöst werde, während Pomponius in L. 107. de solutt. die acceptilatio im Gegensatze der solutio als eines modus toll. obl. naturalis zu den modis toll. obl. civiles rechnet.

62) Ipso jure in dieser Bedeutung entspricht unserem deutschen „von Rechtswegen", wobei wir im gemeinen Leben ebenfalls an ein Recht an sich, ein absolutes Recht, ein Recht in höherer Potenz denken, dem freilich das Geltende nicht immer entspreche. An diese Bedeutung pflegt man bei den Worten ipso jure immer zunächst zu denken, theils weil sie auf einer natürlichen, allgemein faßlichen Idee beruht, theils weil man gewohnt ist, mit dem Worte ipse die Bedeutung des Eigentlichen, Wahren zu verbinden. Ob dieß philologisch richtig sei, lasse ich dahin gestellt sein.

idee erkennen 63). Allein nie kommt ipso jure so vor, daß es nur eine solche unbestimmte Rechtsnothwendigkeit ausdrückte, stets läßt es sich bestimmt auf eine der beiden oben angegebenen Hauptbedeutungen zurückführen.

Im Obligationenrechte nun nimmt diese Idee einer durch das ipso jure bezeichneten Rechtsnothwendigkeit einen etwas bestimmteren Charakter an. Wenn nehmlich von einem modus tollendi obligationem gesagt wird, daß er die actio ipso jure aufhebe, so liegt darin zugleich mit, daß dieß eine nothwendige Consequenz aus dem Begriffe der obligatio sei; und die Folge davon ist, daß nunmehr das Klagrecht selbst, seinem Grunde nach, als aufgehoben betrachtet wird. Wenn also von einer Thatsache, welche nach älterem Rechte nur zu einer exceptio führte, in neueren Rechtsquellen gesagt wird, daß sie ipso jure stattfinde, so kann damit allerdings auch bezeichnet sein sollen, daß sie das Klagrecht seinem Grunde nach aufhebe. Führt man nun diese Idee consequent durch, so läßt sich daraus allerdings für die Wirkungen einer solchen Thatsache alles das deduciren, was wir oben auch im römischen Rechte als die ausschließliche Wirkung der solutio kennen gelernt haben 64). Dieß lehrt uns aber eben, daß man diese Idee nicht consequent verfolgen darf, weil sie auf dem willkürlich gebildeten Begriffe der obligatio beruht; daß man vielmehr überall fragen muß, wie weit, und in welchen Beziehungen die Römer von derselben Gebrauch gemacht haben. Schon Paulus erinnert, daß man aus den Worten ipso jure nicht zu viel schließen dürfe; daß eine Thatsache, von welcher gesagt wird, daß sie die Klage ipso jure auf-

---

63) Mir ist nur eine einzige Stelle bekannt, in welcher bei dem ipso jure an eine solche Rechtsnothwendigkeit durchaus nicht gedacht werden kann, nehmlich L. 1. §. 17. quod legator. cit. Satisdatum sic arbitror, si sic satisdatum sit, ut legatario vel ipso jure adquisita sit idonea cautio, vel per mandati actionem adquiri possit.

64) S. oben §. 7. not. 43.

hebe, doch ihrem Wesen nach eine wahre exceptio sein könne, und daß es daher oft sicherer sei, sich des Ausdruckes ipso jure nicht zu bedienen [65]).

Der Satz comp. fit ipso jure kann daher an sich, er möge nun wahr sein oder nicht, über das Wesen der compensatio in keiner Beziehung genügende Auskunft ertheilen, vielmehr dürfen wir diese nur von einer genauen Betrachtung der historischen Entwickelung dieser Lehre erwarten.

Erstes Capitel.

Von der Einführung der aequitas compensationis in das römische Recht und den verschiedenen Formen ihrer Geltendmachung.

1) Nichtbeachtung der aequit. comp. im altem Civilrechte.

§. 12.

Alle Formen, unter denen die compensatio im römischen Rechte erscheint, gehören dem Formularprocesse an. Wir dürfen daher annehmen, daß, so lange der Proceß der legis actiones in seiner ganzen Strenge bestand, für die aequitas compensationis überall kein Platz war. Diese Unmöglich=

65) L. 34. §. 1. de O. et A. 44, 7. in den Worten: altera (actio) alteram peremit, *aut ipso jure*, *aut per exceptionem*, quod est *tutius*. Paulus giebt hier zu, daß man in dem fraglichen Falle sich der Bezeichnung ipso jure bedienen könne, ja er findet diese Bezeichnung in gewisser Beziehung angemessener als die andre; nur müsse man dieß ipso jure cum grano salis verstehen, und wer das nicht könne, der solle lieber sagen per exceptionem. Wie übrigens hier das ipso jure und per exceptionem zu verstehen sei, hat der Vf. in s. Diss. selecta de condict. furtiva capita continens, Lips. 1830. 8. p. 67 sqq. zu zeigen versucht.

keit, die compensatio geltend zu machen, mußte nothwendig auch der wissenschaftlichen Anerkennung und Entwickelung des Billigkeitsprincipes selbst, auf welchem dieselbe beruht, im Wege stehen, und hieraus erklärt es sich, daß selbst nach Beseitigung jener hindernden Formen die aequitas compensationis zuerst nur in einzelen Fällen, wo sich das Bedürfniß am dringendsten aussprach, Geltung erhielt, und daß diese Fälle nur sehr allmälig, und nicht nach dem Maße, wie jene hindernden Formen verschwanden, sondern nach den Fortschritten der Wissenschaft, welche das Urtheil des durch jene Formen nun nicht mehr gebundenen Richters leitete, sich vermehrten.

2) Aelteste Fälle und Formen der comp. necessaria — compensatio der Argentarien und deductio des bonorum emtor.

§. 13.

Die ältesten jener Fälle sind ohne Zweifel die beiden, welche Gajus[66]) hervorhebt, die compensatio der Argentarien und die deductio des bonorum emtor.

Die Argentarien trieben ein Geschäft, bei welchem eine ganze Reihe von Foderungen und Gegenfoderungen zwischen denselben Personen entstehen mußte[67]). Wer ihnen Gelder anvertraute und dann wieder einzele Posten bei ihnen aufnahm, der ging zwar der Form nach einzele Darlehnsgeschäfte mit dem Argentarius ein, allein der Sache nach nahm er eigentlich nur sein eingelegtes Geld wieder zurück, wurde also dem argentarius nur insofern etwas schuldig, als er mehr von ihm aufnahm, als er ihm nach und nach anvertraut hatte. Wenn also auch die einzelen zwischen dem argentarius und seinem Geschäftsfreunde eingegangenen Geschäfte juristisch als

---

66) Inst. Comm. IV. §. 64—68.

67) Vgl. darüber W. T. Kraut Diss. de argentariis et nummulariis. Gott. 1826.

solche betrachtet und auseinander gehalten werden mußten[68]), so lag doch gegenseitige Abrechnung von Anfang an in der Absicht der Contrahenten. Es war daher dem Wesen des Verhältnisses angemessen, dem Argentarius nur eine Klage auf den nach dieser Abrechnung verbleibenden Ueberschuß zu gestatten.

Der bonorum emtor erhielt vermöge seiner successio universalis das Recht, alle außenstehenden Foderungen des fraudator einzucassiren und hatte den Gläubigern desselben gewisse Procente zu gewähren. Trafen aber Schuldner und Gläubiger in einer Person zusammen, so mochte es den Römern hart scheinen, daß der Schuldner voll bezahlen, und seiner Seits nur Procente erhalten sollte [69]). Sie gestatteten ihm daher, sich durch Abrechnung aller seiner Foderungen, so weit seine Schuld reichte, bezahlt zu machen; eine für die damalige Zeit, und ihrem Umfange nach [70]) auch für die spätere, rein positive Bestimmung.

Zwischen der compensatio des argentarius und der deductio des bonorum emtor fand aber ein großer Unterschied statt. Da der argentarius aus seinen Büchern stets eine vollständige Uebersicht seiner Geschäftsverhältnisse haben mußte, so verlangte man von ihm, daß er die Abrechnung ohne Erinnerung des Gegners selbst vornehmen und seine Klage nur auf den ihm nach der Abrechnung verbleibenden Ueberschuß richten solle: der judex erhielt durch die Formel:

---

68) Schon des Beweises wegen war dieß durchaus nöthig, es wird daher auch hier, obgleich die Gegenfoderungen sich völlig aufheben, von einem debere auf beiden Seiten gesprochen (si paret Titium Ao. Ao. x *debere* amplius, quam ipse Titio *debet*).

69) Etwas Aehnliches findet sich auch noch im Justinianischen Rechte. S. unten §. 61.

70) Insofern nehmlich auch noch nicht fällige Foderungen zur Abrechnung kamen. S. unten §. 38. Daß aber auch ungleichartige Foderungen compensirt wurden, scheint aus den allgemeinen processualischen Grundsätzen der älteren Zeit zu fließen. S. unt. §. 50.

si paret Titium Ao. Ao. x millia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet — condemna, si non paret, absolve, nur in sofern potestatem condemnandi, als die vom Argentarius gefoderte Summe sich wirklich als der Betrag dieses Ueberschusses ergab. Hatte der Argentarius mehr gefodert, so mußte hiernach der Beklagte absolvirt werden, und der Kläger verlor in Folge der pluspetitio und der res judicata auch das, was er mit Recht zu fodern gehabt hätte. Ob ein Gleiches auch bei Klagen gegen einen Argentarius stattfand, wissen wir nicht. Die Möglichkeit läßt sich nicht leugnen, wenn man sich erinnert, wie sehr in der guten Zeit der Römer auch bei andern Personen auf eine strenge Buchführung gehalten wurde[71]. Ueberhaupt kamen aber wohl bei dieser compensatio nur solche Foderungen in Betracht, die aus dem Geschäfte des argentarius entsprangen[72]. Diese mußten aber auch compensando geltend gemacht werden, weil durch die Klage des argentarius das ganze Geschäftsverhältniß in judicium deducirt wurde, mithin demjenigen, der nachher eine in dieses Geschäftsverhältniß gehörige Foderung besonders geltend gemacht hätte, die exceptio rei judicatae oder rei in judicium deductae entgegengestanden haben würde[73]. Die compensatio der Argentarien hatte also, wenn wir annehmen, daß sie gegenseitig war, in ihren praktischen Folgen in der That den Charakter einer die Foderungen mit Nothwendigkeit aufhebenden Thatsache. In Justinian's Compilationen ist aber von ihr nicht mehr die Rede.

Den bonorum emtor konnte man nicht mit dieser Strenge behandeln, da ihm leicht Schulden des fraudator verborgen bleiben konnten. Wollte daher ein Schuldner des Letzteren gegen ihn von der deductio Gebrauch machen, so

---

71) Auch Hollweg a. a. O. S. 281. hält dieß für möglich.

72) Also z. B. nicht Foderungen ex delicto, Alimentationsansprüche u. dgl.

73) Vgl. Hollweg a. a. O.

mußte er sich ante litem contestatam auf seinen Gegenanspruch berufen. Dieser wurde dann in die condemnatio der Formel aufgenommen[74]), wovon die Folge war, daß ihn der judex nicht, wenn er den Gegenanspruch erwies, nothwendig absolviren mußte, sondern ihn in den etwanigen Ueberschuß condemniren konnte. Dagegen konnte ohne Zweifel der Schuldner, der sich der deductio nicht bedient hatte, nachher immer noch seine Procente fodern, gleich jedem anderen Gläubiger des fraudator. Die res judicata wenigstens stand ihm nicht entgegen, da diese sich immer nur auf das bezog, was die intentio enthielt. Deductio nannte man dieß, und nicht compensatio, weil hier der Richter abziehen und in den Ueberschuß condemniren konnte, während bei der compensatio des argentarius (zu jener Zeit der einzigen Art der compensatio), wenn sie einmal in judicium deducirt war, die kleinste Gegenfoderung die größte Klagfoderung ganz aufhob.

3) Allgemeinere Einführung der aequit. comp.

a) in bonae fidei judiciis und durch dieselben.

§. 14.

Die Möglichkeit einer ausgedehnteren Berücksichtigung der aequitas compensationis war durch die Entstehung der bonae fidei judicia gegeben. Denn wenn hier der judex durch die Formel: quidquid paret dari debere ex fide bona — quidquid aequius melius dare facere oportet — ausdrücklich zur Berücksichtigung der aequitas angewiesen wurde, so konnte er den Beklagten, der eine gleich große oder größere Gegenfoderung erwies, als die geklagte, nicht condemniren, sobald es anerkannt war, daß die aequitas Abrechnung fodere. Betrug die Gegenfoderung weniger, als

---

74) Diese Formel hat Gajus nicht mitgetheilt. Vielleicht lautete sie so: Si paret, Titium x fraudatori debere, x eum deducto eo, quod invicem ipsi fraudator debet, condemna.

die geklagte, so mußte wegen des unbestimmten „quidquid" etc. der Beklagte in den Ueberschuß condemnirt werden [75]. Hierzu bedurfte es weder eines Gesetzes, noch der suppletoria potestas des prätorischen Edictes, sondern dieß folgte aus dem Begriffe eines bonae fidei judicium und gehörte daher zum officio judicis in einem solchen [76].

Nur darauf kam es an, daß die aequitas compensationis von der Wissenschaft, welche durch den Rath rechtsgelehrter Freunde und später durch die legalen responsa prudentum auf das arbitrium judicis den entschiedensten Einfluß ausübte, anerkannt sei. Dieß geschah aber zuerst nur hinsichtlich solcher Gegenfoderungen, welche aus dem der Klage selbst zum Grunde liegenden Geschäfte (ex pari — eadem causa [77])) entsprangen [78] und früher durch contrariae

---

75) §. 30. I. de actt. In bonae fidei judiciis, libera potestas permitti videtur judici, ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat, in quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, quocum agitur, debeat condemnari. Gajus l. c. §. 61. — continetur, ut habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, quocum agitur, condemnet.

76) Gajus l. c. §. 63. — judici (potestas est) compensationis rationem habere, (non quia id) formulae verbis praecipitur, *sed quia id bonae fidei judicio conveniens est, id officio judicis continetur.* Nur mittelbar beruhte die Zulässigkeit der comp. auf der formula praetoris; wegen der allgemeinen Worte ex fide bona — aequius melius u. s. w. Das prätorische Edict selbst nahm hiernach von der aequ. comp. keine Notiz.

77) Dieß heißt nicht, wie Vorcholten a. a. O. c. 11. §. 13. und Andere meinen, aus einem Geschäfte gleicher Art, z. B. aus gegenseitigen Darlehnen, wie die nachher anzuführende Stelle aus Pauli sent. rec. beweist.

78) Gajus l. c. §. 61. in den Worten *ex eadem causa*, welche aus dieser Stelle, gewiß nur durch ein Versehen der Commission, auch in §. 39. I. de actionibus übergegangen sind, da auch Theophilus h. l. sie nicht hat.

actiones geltend gemacht werden mußten 79). Nach und nach aber erkannten die Juristen, insbesondere die von der Partei der Bewegung 80) (im Wissenschaftlichen, nicht im Politischen), auch die Abrechnung von Gegenfoderungen ex dispari causa für billig, was Paulus als geltendes Recht angiebt 81).

Daß übrigens hierbei die Bedingungen, unter welchen die Fiction der Selbstbezahlung des Gläubigers als billig erscheint, gehörig beobachtet würden, war ebenfalls Sorge der Wissenschaft. Sofortige Liquidität gehörte gewiß nie zu diesen Bedingungen, am wenigsten, wenn der Beklagte den Klagegrund einräumte, weil ja die exc. comp. eigentlich nur dem wahrhaft von Nutzen ist, der den Klagegrund zugesteht, oder wider besseres Wissen leugnet, es mithin höchst unbillig

---

79) L. 18. commodati 13, 6. Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio salvum habere potest jure pensationis. Gerade diese contrariae actiones mußten das Bedürfniß der comp. wie der retentio recht fühlbar machen. Es ist daher natürlich, daß hier diese Rechtsmittel zuerst angewendet wurden.

80) z. B. Labeo in L. 13. h. t. Pegasus in L. 8. pr. de peculio leg. 33, 8. aber auch Javolenus in L. 15. h. t. Dagegen finden sich bei Trebatius, Sabinus, Neratius, Marcellus in L. 66. sol. matr. 24, 3. L. 30. pro socio 17, 2. L. 18. de imp. in res dot. 25, 1. L. 5. h. t. nur Beispiele von compensatio ex pari causa.

81) Pauli sent. rec. lib. 11. tit. 5. §. 2. Compensatio debiti ex pari specie et *causa dispari* admittitur: velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas; aut frumentum, aut caetera hujusmodi, *licet ex diverso contractu*, compensare, vel deducere debes. Vergl. auch Seneca de benef. lib. VI. c. 4. §. 4. Debitori suo creditor saepe damnatur, ubi plus *ex alia causa* abstulerit, quam ex crediti petit. Mit dem *damnatur* dürfen wir es hier wohl, wie bei den Relationen nicht juristischer Schriftsteller über juristische Gegenstände überhaupt, nicht so genau nehmen. Allein so viel scheint sich aus dieser Stelle zu ergeben, daß schon zu Seneka's Zeit Gegenfoderungen ex dispari causa nicht selten berücksichtigt wurden.

gewesen sein würde, dem ehrlichen Beklagten das einzige Schutzmittel abzuschneiden, das dem unehrlichen neben dem Vertheidigungsmittel des Leugnens gewährt worden wäre. Auch wäre diese Bedingung sehr leicht zu umgehen gewesen, da in bon. fid. judiciis ein förmliches Vorschützen der Einreden nicht erfoderlich war, sondern der Beklagte im Allgemeinen dem dari debere widersprechen und dann beim Gegenbeweise auch seine Einreden erweisen konnte. Denn auch aus diesem Beweise ergab sich ein: dari non debere ex fide bona.

b) in stricti juris judiciis

aa) mittelbar durch die bonae fidei judicia.

§. 15.

Hierdurch war nun dem dringendsten Bedürfnisse hinsichtlich der compensatio abgeholfen, da die bonae fidei judicia, obwohl der Zahl nach die wenigsten, gerade diejenigen Rechtsgeschäfte umfaßten, quibus vitae societas continetur [82]). Man scheint sich daher auch ziemlich lange mit dieser beschränkten Anwendung der aequitas compensationis begnügt zu haben. Allein nach und nach erlangte dieselbe auch zu den übrigen judiciis, die wir nach dem Beispiele Justinian's im Gegensatze der bon. fid. judicia im Allgemeinen stricti juris judicia nennen können [83]), den Zutritt.

82) Cicero de offic. lib. III. c. 17.

83) Im §. 30. I. de actt. versteht Justinian unter stricti juris judiciis offenbar alle Nicht-bonae fidei judicia. Im engeren Sinne aber sind judicia stricta, oder judicia κατ' ἐξοχήν freilich nur diejenigen, deren formula auf certa pecunia gerichtet ist, und denen Cicero pro Rosc. Comoedo c. 4. die arbitria entgegensetzt, von welchen dann wieder die arbitrariae actiones (Vgl. Benfey Beitr. zur Lehre von den arbitr. actt. im rhein. Museum Jahrg. 4. H. 3. No. 9.) und die bonae fidei judicia Unterarten sind. Allein die Mittelclassen werden im Sprachgebrauche oft übersehen, und daher nur str. jur. und b. f. judd. einander entgegengesetzt, wobei denn die mittleren Classen bald unter

Zuerst scheint dieß durch bloße juristische Consequenz bei einzelen Klagen geschehen zu sein, insofern dieselben sich auf ein bonae fidei judicium zurückführen ließen.

So gestatteten schon Neratius und Pomponius dem fidejussor Berufung auf eine Gegenfoderung des Hauptschuldners, womit dieser hätte compensiren können[84]. Dieß Letztere setzte aber voraus, daß die Klage gegen den Hauptschuldner in bonae fidei judicio zu verhandeln war. Diese Erweiterung der aequitas compens. folgte unmittelbar aus dem Begriffe der fidejussio, als eines accessorischen Geschäftes. Denn der Bürge schuldet ja nur, was der Hauptschuldner schuldet; er soll ja nur condemnirt werden, si paret Titium (i. e. debitorem principalem) debere. Ist also dieser propter aequitatem compensationis liberirt, so ist es auch der fidejussor, und zwar nach strenger Rechtsconsequenz — ipso jure[85].

---

den str. jur. judd., bald unter den b. f. judd. mit zu verstehen sind. Es geht hier gerade, wie mit der Eintheilung der Delictsklagen in poenales, rei persecutoriae und mixtae. Die mixtae werden, je nach dem Zusammenhange, unter den poenalibus oder unter den rei persecutoriis mit begriffen. Nicht zu verwechseln mit der Eintheilung der judicia in b. f. und str. jur. ist aber die gleichnamige der Klagen, da es actiones giebt, die ebensowohl zu einem judicium als zu einem arbitrium führen konnten, z. B. die rei vindicatio, je nachdem sie per sponsionem oder per formulam petitoriam angestellt wurde. Vgl. Hollweg a. a. O. S. 272.

84) L. 4. h. t. Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, *quod ex compensatione reus retinere potest.*

85) Daß das ipso jure in der allegirten Stelle nicht entscheiden solle, auf welche Weise die comp. überhaupt stattfinde, sondern auf welche Weise die des Hauptschuldners dem Bürgen zu Statten komme, hat Einert a. a. O. p. 5 sqq. nachgewiesen. Die von demselben vorgeschlagene Lesart, das eo mit ipso jure (ipso jure eo für eo ipso jure) zu verbinden, und das nachfolgende quod in quo zu verwandeln, wird jedoch durch die Basiliken, welche die

Weniger consequent war es, dem Bürgen auch die Abrechnung eigener Gegenfoderungen zu gestatten 86). Auch beruft Gajus, welcher dieß thut, sich hierbei nicht auf das jus ipsum, sondern nur auf die aequitas. Indeß ist das Fragment, welches diese Ausdehnung der aequ. comp. enthält, aus dessen Comm. ad edictum provinciale entnommen, gestattet also keinen historischen Schluß auf das damals geltende Römerrecht.

Dagegen war es wieder natürlich, daß der Prätor dem Schuldner, welcher sich mittels einer stipulatio praetoria zu seinen ex bonae fidei negotiis entsprungenen Verbindlichkeiten bekennen und strenger obligiren sollte, die Compensationsbefugniß vorbehielt, welchenfalls dann auch gegen die actio ex stipulatu, die aus einer solchen stipul. praetoria entsprang, die compensatio zugelassen werden mußte, und daß man jenen Vorbehalt, gleichsam eine stillschweigende clausula doli s. bonae fidei, selbst dann annahm, wenn ihn der Prätor nicht ausdrücklich hinzugefügt hatte. Wenigstens gestattete schon Julian, der Sabinianer, die comp. unbedingt gegen jede actio ex stipulatione praetoria 87), wiewohl der spätere Gajus von compensatio in str. jur. judiciis noch nichts weiß 88).

Worte ipso jure ganz weglassen und quod durch ὅσον wiedergeben, nicht unterstützt. Auch scheint eine solche Aenderung nicht nöthig.

86) L. 5. h. t. Gajus lib. q. ad ed. prov. Si quid a fidejussore petatur, *aequissimum* est, eligere fidejussorem quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit. Sed et si utrumque velit compensare audiendus est.

87) L. 10. §. 3. h. t. In stipulationibus quoque quae instar actionum sunt (id est praetoriis), compensatio locum habet, et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione objici potest compensatio.

88) S. jedoch §. 16. Note 94.

bb) Durch doli exceptio.

§. 16.

Ein allgemeinerer Zugang zu den stricti juris judiciis wurde der aequitas compensationis durch dasjenige Rechtsmittel bereitet, wodurch der Prätor überhaupt der aequitas in str. jur. judiciis Einfluß verschaffte; durch das Mittel der exceptio. Nicht als ob es jemals eine eigene exceptio compensationis im römischen Rechte gegeben habe, sondern weil es eine allgemeine Exceptionsform, die exceptio doli gab, welche alle exceptiones facti, d. h. alle nicht in dem Edicte mit besonderen Formeln versehenen und daher auch besonders benannten, jedoch auf anerkannter Billigkeit beruhenden Einwendungen des Beklagten umfaßte. Hatte also der Beklagte die exceptio doli erhalten, so lag es nunmehr vermöge dieser exceptio im officio judicis [89]), alle dergleichen Einwendungen zu berücksichtigen. In sofern konnte man sagen, daß durch exc. doli ein stricti jur. jud. zu einem bonae fid. judicio werde, und daß umgekehrt ein bonae fidei judicium die exceptio doli in sich enthalte [90]).

Hieraus folgt jedoch nicht, daß nun auch sofort, nachdem die exceptio doli entstanden war [91]), compensatio in stricti juris judiciis berücksichtigt worden wäre. Denn jene Ausdehnung auf alle exceptiones facti erhielt die exc. doli

---

89) L. 48. de R. V. 6, 1. verbis: *exceptione doli opposita per officium judicis* aequitatis ratione servantur.

90) L. 42. de m. c. donatt. 39, 6. L. 3. C. de exceptt. 8. 36. L. 3. de resc. vend. 18, 5. L. 8. §. 5. de leg. 1. L. 21. soluto matr. 24, 3. Fragm. Vatic. §. 94. Nur muß man sich hüten, diesem Ausspruche, wie allen solchen Gemeinplätzen, eine zu weite Ausdehnung zu geben. Es blieben der Verschiedenheiten zwischen einem bonae fidei judicium und einem str. jur. jud. mit doli exceptio noch genug. S. unten §. 18.

91) Dieß geschah nach Burchardi Wiedereinſ. S. 296. ff. schon im 6. Jahrh. der Stadt, wo vielleicht comp. noch nicht einmal in bon. fidei judiciis berücksichtigt wurde.

gewiß in weit späterer Zeit [92]), und auch dann fragte es sich ja noch immer, ob der Prätor gerade wegen Gegenfoderungen die exc. doli ertheilte.

Ueber die Zeit, wann solches zuerst geschehen sei, wissen wir nur soviel, daß Mark Aurel die Zulässigkeit einer doli exceptio wegen Gegenfoderungen anerkannte [93]). Justinian stellt dieß so dar, als ob durch M. Aurel die comp. in str. jur. judiciis erst eingeführt worden sei, und in der That haben wir keine Ursache daran zu zweifeln, daß ihre Zulassung als allgemeine Regel erst dadurch sich entschied, daß M. Aurel, wenn auch nur in einem Rescripte, dieß billigte; wenn auch in einzelen Fällen, besonders wegen Gegenfoderungen ex pari causa, schon vor ihm doli exceptio ertheilt worden sein mag. Wenigstens kann die Zulassung der compensatio in str. jur. jud. weder lange vor M. Aurel, noch lange nach ihm zur Regel geworden sein; nicht vor ihm, weil wir sonst wohl bei Gajus etwas darüber finden würden [94]); nicht nach ihm, weil schon Septimius Severus eine Folge jener Regel aussprach [95]), zu deren Entwickelung es einiger Zeit bedurfte.

---

92) Vgl. Hänel üb. das Wesen und den heut. Gebrauch der actio und exceptio doli im Archiv f. civ. Prax. Bd. 12. No. 20. S. 411. 423.

93) §. 36. I. de act. v: sed et in stricti juris judiciis ex rescripto D. Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.

94) Man könnte in den Worten des Gajus (l. c. §. 63) (non quia id) formulae verbis praecipitur eine Hindeutung auf die exc. doli wegen compensatio finden. Allein ebensogut können diese Worte eine Hindeutung auf die Exceptionen im Allgemeinen enthalten. Daß Gajus der doli exc. wegen compensatio erwähnt habe, die Stelle aber verloren gegangen sei, kann man nicht annehmen, weil dann größere Lücken im Texte vorhanden sein müßten, als sich wirklich vorfinden.

95) S. unten §. 25.

4) Beschränkungen der aequit. comp. im älteren Rechte.

§. 17.

Wir dürfen jedoch daraus, daß uns gesagt wird, auch in stricti juris judiciis habe die compensatio Zugang erhalten, nicht schließen, daß sie nun auch gegen alle Klagen habe durchgesetzt werden können. Vielmehr wissen wir, daß sie auch zur Zeit der Classiker sogar bei einer bonae fidei actio, der actio depositi, wenigstens nicht unbeschränkt stattfand[96]) und nach Justinian's Zeugnisse[97]) scheint es sogar, als ob eine ganze Classe von Klagen, die in rem actiones, von der aequitas compensationis ausgeschlossen gewesen sei. Vergleichen wir aber damit die vorhandenen historischen Nachrichten, so finden wir, daß compensatio auch hier, wenn gleich in einem beschränkteren Umfange, geltend gemacht werden konnte.

Nach Papinian's Zeugnisse nehmlich konnte sogar bei der rei vindicatio mittels der exceptio doli in so weit, als retentio zulässig war, auch eine wahre compensatio realisirt werden, nehmlich eine Abrechnung der zu restituirenden Früchte auf die Verwendungen[98]). Dieß kann auf keine Weise befremden, da es widersinnig gewesen wäre, hier nicht abzurechnen, sondern den Kläger den vollen Werth der impensae, und hinterher den Beklagten den vollen Werth der fructus restituiren zu lassen. Auch ist ja die Verbindlichkeit zur Re=

---

96) Pauli sent. rec. lib. 11. tit. 12. Vergl. jedoch unten §. 78.

97) L. ult. C. h. t. v: nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

98) L. 48. de R. V. 6, 1. Sumtus in praedium a bonae fidei possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt, verum exceptione doli mali opposita per officium judicis aequitatis ratione servantur: scilicet, si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant. Etenim *admissa compensatione* superfluum sumptum, meliore praedio facto, dominus restituere cogatur.

stituirung der fructus consumti, so weit sie stattfindet, in der That eine wahre obligatio.

Noch etwas weiter ging man bei der hereditatis petitio. Hier konnte nehmlich der bonae fidei possessor mit Erbschaftsfoderungen 99) jeder Art compensiren. Wenigstens spricht Ulpian nur dem malae fidei possessor diese Compensation ab 100), während freilich Papinian sie auch dem

---

99) Daß auch Foderungen des Erben selbst abgezogen werden konnten, sagen die sogleich anzuführenden Fragmente nicht. Auch paßt auf dergleichen Foderungen nicht der Grund, womit man, wie wir aus Papinian's Gegengründen sehen, die Zulässigkeit der compensatio gegen die hereditatis petitio vertheidigte, nehmlich, daß ja der Erbe auch die vom b. f. possessor an Dritte geleisteten Zahlungen anerkennen müsse.

100) L. 31. de hered. pet. 5, 3. §. 1. Sed si ipsi praedoni aliquid debebatur, hoc deducere non debebit (i. e. das darf er nicht abziehen; eine Bedeutung, welche debere bei späteren Schriftstellern oft hat), maxime si id fuerit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen si expediat petitori, id debitum esse dissolutum, propter poenam vel aliam causam? Potest dici, ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere. §. 2. Justus autem possessor dubio procul debet (darf) deducere, quod sibi debetur. Auch L. 21. §. 1. de inoff. test. 5, 2. (Paulus) gehört hierher: Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, *perinde observari debere, ac si hereditas adita non fuisset*, *et ideo* petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere, *et compensationem debiti.* Hier ist zwar unmittelbar nicht von der hereditatis petitio, sondern von der querela inofficiosi die Rede, allein Paulus behauptet ausdrücklich und gründet gerade hierauf seine Entscheidung, daß es so angesehen werden müsse, als sei der Beklagte gar nicht Erbe geworden, womit indirect gesagt ist, daß es in diesem Falle, also wenn die hered. petitio ab intestato gegen ihn angestellt würde, sich eben so verhalte. Dagegen ist in L. 48. de solutt., welche man auch hierher gezogen hat, allerdings von einem solchen Falle die Rede, wo der Beklagte weder pro herede noch pro possessore besitzt, mithin die hereditatis petitio nicht stattfindet.

bonae fidei possessor zu verweigern scheint [101]). Diese Ausnahme erklärt sich aus der vermischten Natur, welche die hereditatis petitio durch das Sctum Juventianum erhielt [102]), und in Folge deren der Erbe alle vom bonae fidei possessor geleisteten Zahlungen, mithin auch diejenigen, die dieser „sich selbst" geleistet hatte, anerkennen mußte. Ob es hierzu einer exc. doli bedürfe, oder ob die compens. hier officio judicis zu berücksichtigen sei, war streitig [103]).

Daß übrigens im Allgemeinen die exceptio compensationis gegen dingliche Klagen für unzulässig erachtet wurde, war sehr natürlich. Denn wenn gleich auch bei den in rem actionibus die condemnatio stets auf eine Geldsumme gerichtet wurde [104]), es mithin auch hier an einem compensablen Objecte nicht fehlte, so war doch die eigentliche Absicht hier, wie bei der actio depositi, auf Restitution eines corpus gerichtet, welcher sich der Beklagte bei diesen Klagen nicht durch Berufung auf compensatio entziehen sollte. Erst Justinian hat auch gegen in rem actiones allgemein die ex-

---

101) L. 95. §. 8. de solutt. 46, 3. Si creditor debitoris (defuncti) hereditatem ad se non pertinentem possedit et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor (d. h. Besitzer der Erbschaft, nicht prätorischer Erbe) ei solvisset, liberaret heredem, non potest dici, fidejussores liberari. Neque enim ipsum sibi solvisse credendum est, a quo hereditas evincitur. Möglich ist es jedoch, daß Papinian hier an einen Gläubiger gedacht habe, der sich, um sich bezahlt zu machen, in Besitz einer fremden Erbschaft gesetzt hat, also ebenfalls an einen malae fidei possessor.

102) Vgl. C. Fabricius im rhein. Mus. Jahrg. 4. H. 2. No. 1. und v. Löhr im civilist. Magazin, Bd. 4. S. 24.

103) L. 48. de hered. pet. 5, 3. In dieser Beziehung konnte Justinian §. 28. I. de actt. 4, 6. sagen, daß es bis zu seiner Entscheidung zweifelhaft gewesen sei, ob die hered. petitio zu den bonae fidei actionibus gehöre, oder nicht.

104) Gaji Inst. comm. IV. §. 48.

ceptio compensationis zugelassen, sofern termini habiles vorhanden sind [105]).

Diese Beschränkungen der aequitas compensationis im älteren Rechte erscheinen jedoch immer nur als Ausnahmen von der Regel, dergleichen auch noch im neuesten Rechte vorhanden sind. Wir dürfen es daher als ein allgemeines Princip auch schon der classischen Zeit betrachten, daß die aequitas compensationis überall berücksichtigt werden müsse, wenn sich auch bei näherer Betrachtung ergeben sollte, daß die Mittel zur Realisirung dieses Principes in vielen Beziehungen unzureichend waren. S. d. folg. §§.

Zweites Capitel.

Von der processualischen Wirksamkeit der compensatio im römischen Rechte.

1) Verschiedenheiten des vorjustinian. Rechtes zwischen b. f. und str. jur. judiciis in dieser Beziehung.

§. 18.

In Hinsicht der processualischen Wirksamkeit der compensatio fand im älteren römischen Rechte nach dem Bisherigen die wichtige Verschiedenheit statt, daß die Berufung auf compensatio — die materielle exceptio compensationis — in stricti juris judiciis nur in Folge einer vom Prätor besonders erbetenen und ertheilten formellen exceptio doli berücksichtigt werden konnte, während sie in bonae fidei judiciis auch ohne eine solche formelle exceptio, officio judicis berücksichtigt werden mußte. Man konnte dieß, zufolge des oben entwickelten processualischen Sprachgebrauchs, kurz so ausdrücken: die Einrede der Compensation (compensatio) finde in b. f. judiciis ipso jure, in str. jur. judiciis per exceptionem statt.

105) L. ult. pr. C. h. t. §. 30. I. de actt. cit. Vgl. unt. §. 50.

Diese Verschiedenheit hatte aber auf die Rechte der Parteien den größten Einfluß.

1) Die allgemeinste und zunächst liegende Wirkung derselben war, daß in stricti juris judiciis der Beklagte, um von der aequitas compensationis Gebrauch zu machen, sich in jure, oder, was gleichbedeutend ist, ante litem contestatam darauf berufen mußte, um eine exceptio vom Prätor zu erhalten. Wer dieß versäumt hatte, hatte seine Einrede wenigstens für diesen Proceß verloren [106]. Dagegen konnte man in bonae fidei judiciis seine exceptio compensationis noch in judicio, und, bei dem Mangel peremtorischer Fristen für das Beweisverfahren, bis zum Endurtheil vorschützen, wenn man sie nur noch bewies, bevor das judicium in Gemäßheit der Lex Julia erlosch [107].

Hierzu gesellten sich aber in den eigentlichen judiciis strictis, deren Charakteristisches in der formula certa besteht, noch einige andere Verschiedenheiten. Während nehmlich

2) in den bonae fidei judiciis und in allen arbitriis der Beklagte, der eine geringere Gegenfoderung bewies, als die geklagte, vermöge der formula incerta: „quidquid paret", oder „quanti ea res est", in den Ueberschuß condemnirt werden mußte, erhielt der judex in stricti juris judiciis nur die Befugniß, entweder auf die ganze in der intentio genannte Summe zu condemniren, oder ganz zu absolviren [108]. Erwies daher der Beklagte auch eine weit geringere Gegenfoderung, als die geklagte, so mußte ihn der judex, dafern er

---

106) Doch wurde man schon zu Gajus's Zeit bis zum Endurtheil gegen den Verlust derselben in integrum restituirt. Gaj. l. c. IV. §. 125. vgl. L. 2. C. sententiam rescindi non posse. 7, 50.

107) Gajus l. c. IV. §. 104.

108) Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Ad judicium hoc animo venimus, *ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus*, ad arbitrium hoc animo adimus, ut *neque nihil, neque tantum, quantum postulamus, consequamur.* Cicero pro Roscio Com. c. 4. Vgl. Gajus IV. 49—52.

überhaupt diese Gegenfoderung berücksichtigte, absolviren; der Kläger verlor mithin, weil er seinen Anspruch nicht gleich anfangs (bei der Litiscontestation) herabgesetzt und die intentio, ungeachtet der vom Gegner geltend gemachten Gegenfoderung, auf das Ganze gerichtet hatte, auch den ihm nach Abzug der Gegenfoderung verbleibenden Ueberschuß für immer. Dieß folgt mit Nothwendigkeit aus dem Wesen eines judicium strictum, wird uns aber auch noch zum Ueberfluß von Paulus ausdrücklich berichtet 109).

Ebendeshalb ist es aber auch

3) wahrscheinlich, daß in stricti juris judiciis Gegenfoderungen auch bei ertheilter exceptio doli nur dann vom judex berücksichtigt wurden, wenn dem Kläger das Bestehen

---

109) Pauli sent. rec. lib. III. tit. 5. §. 3, verbis: compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis. Bethmann-Hollweg, obgleich er selbst zuerst auf diesen Unterschied aufmerksam gemacht hat, will doch dieses Zeugniß des Paulus nicht für voll gelten lassen, weil die sent. receptae corrumpirt seien, und von eigentlicher pluspetitio hier nicht die Rede sein könne, da diese nur dann angenommen werde, wenn der Kläger in der *intentio* zu viel gefordert habe (Gaj. l. c. §. 53.). Er vermuthet daher, daß Paulus ursprünglich von der compensatio der Argentarien gesprochen habe, worauf auch die Zusammenstellung von compensare und deducere (vgl. Gajus §. 13. not. 1. cit.) hindeute. Allein dieser Annahme scheint zu widersprechen, daß die obige Stelle in der zweiten Person redet, wodurch von den Römern, wie durch unser „man" nur allgemein gültige Sätze bezeichnet werden. Hätte Paulus von den argentariis gesprochen, so würde er gewiß debet, petat, cadit geschrieben haben, und dieß wäre von den westgothischen Redactoren schwerlich verändert worden. Uebrigens kann man auch von dem, der ungeachtet der vorgeschützten compensatio das Ganze fodert, sagen, daß er intentione plus petire. Es wird sich daher wenigstens schwerlich erweisen lassen, daß die pluspetitio nur auf solche Fälle zu beschränken sei, wo dem Kläger ein Klagrecht ipso jure nicht mehr zusteht. Allein auch dieß zugegeben, konnte Paulus nach seiner individuellen Ansicht doch vielleicht auch hier von einer Pluspetition sprechen. S. unten §. 30 am Ende.

auf seiner ganzen Forderung zum Vorwurfe gemacht werden konnte, wenn sich also nach geführtem Beweise ergab, daß der Kläger schon zur Zeit der litis contestatio keine gegründete Ursache gehabt habe, an der Existenz und Compensabilität der Gegenfoderung zu zweifeln, er mithin wirklich, indem er auf dem Ganzen bestand, dolose handelte. Ergab sich dieß nicht klar [110]), so erkannte der judex gewiß: nihil in ea re dolo malo A. A. factum esse neque fieri, und condemnirte daher den Beklagten, dessen Gegenfoderung dann mittels besonderer Klage ausgeführt werden mußte. Wir haben für dieses Verfahren keine positiven Beweise, indessen scheint es natürlich, der aequitas compensationis und dem Wesen der doli exceptio [111]) angemessen, auch erhält durch dessen Annahme der öfters vorkommende Ausdruck: si judex compensationis rationem non habuit [112]), eine bestimmtere Bedeutung, als wenn man ihn nur auf Nachlässigkeiten des

---

110) So konnte z. B. von einem dolus des Klägers nicht die Rede sein, wenn bei der Gegenfoderung die legitimatio ad causam, oder die Gültigkeit eines Testamentes in Frage kam, oder wenn dieselbe in Entschädigungsansprüchen bestand. Bloße Illiquidität aber konnte auch hier einen Grund zur Verweisung ad separatum nicht abgeben, weil ja auch nach geführtem Beweise erst sich ergeben konnte, daß der Kläger den Gegenanspruch schon zur Zeit der Litiscontestation recht gut gekannt habe. War die Gegenfoderung sofort, d. h. in jure, liquid, so kam es wohl gar nicht zu einem judicium, mithin auch zu keiner doli exceptio.

111) Auch bei der doli exc. generalis wird immer eine Bekanntschaft des Klägers mit den Einreden des Beklagten vorausgesetzt. L. 2. §. 5. de doli exc. sagt: Et generaliter dicendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: quia dolo facit, quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit, nam et si inter initia (i. e. ante oppositam exceptionem) nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo (i. e. opposita exceptione intentionem non minuendo) facit dolose: *nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.*

112) L. 8. de negot. gestis 3, 5. L. 7. §. 1. h. t.

Richters bezieht, denen ja stets durch Appellationen abgeholfen werden konnte.

Diese Verschiedenheiten konnten und mußten, so lange sie durch kein Gesetz aufgehoben wurden, fortbestehen, auch nachdem der alte ordo judiciorum, und mit ihm der Grund derselben, verschwunden war [113]), und man konnte daher zur Bezeichnung derselben noch immer sagen: compensatio in bon. fidei judiciis fit ipso jure, in str. jur. judiciis per exceptionem.

2) Ausgleichung dieser Verschiedenheiten durch mutua petitio.

§. 19.

Indeß wurde der praktische Einfluß dieser Verschiedenheiten allerdings schon lange vor Justinian bedeutend gemildert. Es ist nehmlich klar, daß jene bei str. jur. judiciis stattfindende Strenge die doli exceptio zur Durchsetzung der Compensation in den meisten Fällen unbrauchbar machen mußte [114]). Es war also praktisches Bedürfniß, ein Mittel zu finden, um diese Strenge zu umgehen. Ein solches wurde nun nach dem Zeugnisse des Macer [115]) durch sacrae constitutiones eingeführt, deren eine wir vielleicht in einem Re-

---

113) Von dem Grundsatze: exceptiones peremtorias esse contestandas und von der pluspetitio re können wir sogar bestimmt behaupten, daß sie bis auf Justinian fortdauerten, obgleich auch ihr eigentlicher Grund nur in dem Formenwesen des alten ordo judiciorum zu suchen ist. Vgl. Zimmern röm. Rechtsg. Bd. 3. §. 98.—§. 32. I. de actt. 4, 6.

114) Hieraus dürfte es sich erklären, daß wir von dem Gebrauche der exc. doli zur Realisirung der compensatio in stricti juris judiciis außer der kurzen Notiz in §. 30. I. cit. gar keine Spuren haben. Denn die Stellen, in denen die exc. doli sonst als Mittel zur Geltendmachung von Gegenansprüchen vorkommt, beziehen sich nur auf arbitria L. 57. L. 58. de petit. hered. 5, 3. L. 48. de R. V. 6, 1. L. 22. pr. ad Leg. Falcid. 35, 2.

115) L. 1. §. ult. quae sent. sine appell. 49. 8. S. not. 117.

scripte des Alexander Severus[116]) noch besitzen. Hiernach sollte nehmlich, wenn der Beklagte vor demselben judex, vor welchem er belangt war, eine Gegenklage führte, der Kläger, wenn er auch eher ein Urtheil erhielt, als der Beklagte, dennoch nicht eher die actio judicati anstellen können, als bis auch über den Gegenanspruch des Beklagten rechtskräftig erkannt wäre[117]). War diesem nun sein Gegenanspruch zuer-

116) L. 1. C. rer. amotar. 5, 21. und fast gleichlautend L. 6. C. h. t. S. d. folg. Anm.

117) L. 1. §. ult. quae sent. cit. Si apud eundem judicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris sit, et judex me priorem tibi condemnaverit, quo magis tu prius me condemnatum habeas (wegen der usurae rei judicatae; nur um dieses Interesse an der früheren Verurtheilung anzudeuten, ist der Satz: si et mea et tua pet. sine usuris sit, eingeschaltet, der also übrigens auf die Interpretation der Stelle ohne Einfluß ist), non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones judicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione judicatum sit. Die Absicht dieser Verordnung konnte fast keine andere sein, als die Realisirung der Compensation zu erleichtern. Schon deshalb müssen wir annehmen, daß sie sich vorzugsweise auf stricti juris judicia bezog. L. 1. C. rer. amot. cit. läßt darüber keinen Zweifel. Sie lautet: Compensationis aequitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi, quod debere te *constiterit* (also sogar, wenn die Klage schon liquid ist!), aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae divortii causa amota quereris. Cum igitur apud competentem judicem *ex stipulatu* conveniaris, apud eundem doce, tui juris res ablatas esse. Der Zusammenhang zwischen beiden Stellen ist nicht zu verkennen. Zwar hat man die letztere von einer unberücksichtigt gebliebenen exceptio compensationis (doli) verstanden. Allein warum sollten wir die Worte petitioni mutuae und persequi ohne Noth in einer uneigentlichen Bedeutung nehmen? Daß zu Anfange von compensatio die Rede ist, kann ebenfalls nichts ändern. Denn es ist offenbar die materielle compensatio gemeint, von welcher es sich eben fragt, ob sie nur durch exceptio, oder auch durch mutua petitio geltend gemacht werden kann.

kannt, so stand der actio judicati des Klägers die doli exceptio mit unzweifelhaftem Erfolge entgegen [118]).

Hierdurch war in der That, wo Klage und Gegenklage vor denselben judex kamen, jede praktische Verschiedenheit zwischen bon. fid. und str. jur. judiciis ausgeglichen. Denn erstens brauchte der Beklagte nicht seine Gegenfoderung ante litem contestatam geltend zu machen, da erst Justinian, nachdem er jene Verschiedenheiten ganz aufgehoben hatte, verordnete, daß, wer eine Gegenklage bei demselben Richter anbringen wolle, um über beide zugleich entscheiden zu lassen, dieß zu Anfange des Processes thun solle [119]). Zweitens konnte nunmehr der Kläger nicht mehr, wenn der Beklagte in der mutua petitio einen kleineren Anspruch erwies, causa cadere, wofern er nur nicht so thöricht war, auch die actio judicati auf den ganzen geklagten Anspruch zu richten. Ebendeshalb war es aber auch drittens nicht nöthig, nur solche Gegenansprüche an denselben judex zu weisen, deren Nichtberücksichtigung einen besonderen dolus von Seiten des Klägers voraussetzte. Es wurde also hier auf einem Umwege ganz dasselbe Resultat erreicht, wie in den bonae fidei judiciis.

Ob aber dadurch der obgedachte Unterschied zwischen b. f. und str. jur. judiciis ganz unpraktisch geworden sei, ist wenigstens nicht außer Zweifel. Denn erstlich ist es bestritten, in welchen Fällen Gegenfoderungen an denselben judex gewiesen werden mußten [120]), zweitens wird bezweifelt, ob auch solche Gegenansprüche, die eigentlich vor einen andern magi-

---

118) L. 16. §. 1. h. t. L. 2. C. h. t. L. 23. §. 1. de cond. indeb.

119) Nov. 96. c. 2.

120) Indeß können nach L. 11. §. 1. de jurisd. 2, 1. L. 22. de judiciis 5, 1. L. 1. §. 15. de extr. cogn. 50, 13. die Fälle wenigstens nicht sehr selten gewesen sein. Zimmern a. a. O. §. 100.

stratus gehörten, als mutua petitio geltend gemacht werden konnten [121].

Jedenfalls aber blieb es dessenungeachtet ein theoretisch unbestreitbarer Satz, daß compensatio in stricti juris judiciis nur mittels doli exceptio geltend gemacht werden könne, und daß dann, wenn dieß geschehen, auch die daran geknüpften Folgen eintreten müßten. Es blieb daher theoretisch immer noch wahr: compensatio in bonae fidei judiciis — oder vielmehr, da die Form des judicii nicht mehr verschieden war, actionibus — fit ipso jure, in stricti juris actionibus per exceptionem. Dieser Satz konnte sich in der Theorie um so leichter erhalten, je seltener er in der Praxis zur Anwendung kam.

3) Aufhebung dieses Unterschiedes durch Justinian — comp. fit ipso jure in processualischer Bedeutung.

§. 20.

Erst Justinian hob diese Verschiedenheit auf, indem er verordnete:

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus [122].

Ueber den Sinn dieser Verordnung kann nach dem Bisherigen, und nach dem, was oben (§. 10) über die Bedeutung von ipso jure gesagt worden ist, wohl kein Zweifel mehr sein. Schon der Beisatz ex omnibus actionibus zeigt an, daß ipso jure hier in seiner engeren und eigentlichen, processualischen Bedeutung zu nehmen ist. Daß aber Justinian

---

121) Zimmern a. a. O. not. 5. und d. das. ang. Schriftst. Wenigstens ergiebt sich aus L. 1. C. cit., daß auf die Competenz des Richters hierbei nicht gesehen wurde. Von Competenz konnte aber bei den judicibus privatis der altröm. Gerichtsverfassung eigentlich nicht die Rede sein. Es scheint daher fast, daß hier, wie in der späteren Zeit öfter, judex geradezu für magistratus juri dicundo gesetzt sei.

122) L. ult. (14) pr. C. h. t.

gerade einen durch diese Worte bezeichenbaren Unterschied des älteren Rechts zwischen verschiedenen Klaggattungen aufheben wollte, ergiebt der ganze Zusammenhang. Nun finden wir aber im älteren Rechte keine Klageintheilung, auf welche ein solcher Unterschied paßte, als gerade die bonae fidei und stricti juris actiones. Auch bringt ja der Kaiser selbst seine Verordnung in den Institutionen, wo er ihren Inhalt referirt, mit jenem Unterschiede zwischen b. f. und str. jur. actionibus in Verbindung [123]).

Nur das Eine könnte Bedenken erregen, daß Justinian in der L. ult. C. cit. nach den oben angeführten Worten den Zusatz macht: nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda, mithin es den Anschein gewinnt, als habe er bei jener Verordnung doch nicht an die b. f. und str. jur. actiones, sondern an die in rem und in personam actiones gedacht. Allein dann müßten wir annehmen, daß die compensatio im älteren Rechte bei allen in rem actionibus per exceptionem, bei allen in personam actionibus ipso jure stattgefunden habe, oder umgekehrt, was sich auf keine Weise vertheidigen läßt. Vielmehr enthält das principium des allegirten Gesetzes in Einem Satze zwei ganz verschiedene Anordnungen.

1) Die compensatio solle gegen alle Klagen (b. f. und str. jur.) ipso jure stattfinden;
2) es solle auch fortan kein Unterschied zwischen in rem und in personam actionibus gemacht werden.

Worin dieser letztere Unterschied bestand, haben wir oben §. 17. gesehen. Hier interessirt uns nur der erste Theil der Verordnung. Seine praktische Bedeutung war nach dem Obigen folgende:

---

123) §. 30. I. cit. Den Anfang s. oben §. 14. not. 75. und §. 16. not. 93. Der Schluß heißt: Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem sive in personam, sive alias quascunque.

a) die Einrede der Compensation kann auch noch nach der litis contestatio ohne in integrum restitutio vorgeschützt werden;

b) erweist der Beklagte eine geringere Gegenfoderung, als die des Klägers ist, so soll er niemals mehr ganz absolvirt, sondern in den Ueberschuß condemnirt werden [124];

c) dagegen soll der Beklagte auch dann, wenn dem Kläger gar kein dolus zur Last fällt, nicht mehr ad separatum verwiesen werden.

Zu diesen Verordnungen paßt es vortrefflich, daß Justinian demnächst sowohl den Grundsatz: exceptiones peremtorias esse contestandas [125]), als auch die früheren Strafen der pluspetitio [126]) ganz aufhob; daß er dagegen nunmehr der mutua petitio, die sonach der bloßen Compensation wegen nicht mehr nöthig war, nur dann einen Suspensiveffect auf die Vorklage verstattete, wenn sie bei der Litiscontestation

---

124) Gerade das Gegentheil schließt hieraus mit Beziehung auf Pauli sent. rec. l. c. Cujacius ad Pauli sent. rec. lib. II. tit. 5. Denn wenn die compensatio das Klagrecht ipso jure verminderе, so mache sich eben der, der das Ganze fodere, erst einer rechten pluspetitio schuldig. Allein die Richtigkeit dieser Voraussetzungen zugegeben, folgt daraus noch immer nicht, daß auch die Strafen der pluspetitio eintreten müssen, die bekanntlich überhaupt nur bei stricti juris judiciis eintraten. Hier ist aber gar nicht von Minderung des materiellen Rechtes, sondern von Verminderung des Erfolges der Klage die Rede, wie solche nach §. 30. I. cit. in bonae fidei judiciis galt. Hat Justinian dabei zugleich an eine Verminderung des Klagrechtes nach seinem Grunde gedacht (s. unten §. 30), so kann er damit wenigstens nicht haben sagen wollen, daß die Strafen der pluspetitio eintreten sollten, da es auch in §. 30. I. cit. heißt: actiones ipso jure minuant, und drei Paragraphen später diese Pluspetitionsstrafen für aufgehoben erklärt werden.

125) Vgl. Zimmern a. a. O. §. 98. not. 12. Burchardi a. a. O. §. 12. E. S. 185. L. 10. C. de fidejussoribus.

126) §. 33. I. de actt. 4, 6.

angebracht sei [127]); unstreitig deshalb, damit nicht durch dieselbe der erste Proceß über das legitimum tempus, welches auch Justinian für die Dauer eines jeden Processes vorschrieb [128]), ausgedehnt werden könne; daß endlich der Kaiser den Hauptinhalt seiner Constitution im §. 30. I. cit. dahin angiebt, es sei durch dieselbe nunmehr bei allen Klagen eine Verminderung der Verurtheilung möglich geworden, wie sie früher nur bei bonae fidei actionibus vorkommen konnte.

Ein bedeutendes Bedenken scheint sich jedoch gegen die unter b. und c. angegebene Bedeutung unserer Stelle zu erheben. Theophilus nehmlich sagt in seiner Paraphrase ausdrücklich, die von M. Aurel gestattete doli exceptio habe den judex berechtigt, den Beklagten, welcher X. schulde und selbst V. zu fodern habe, in V. zu condemniren. Hiernach hätte eine poena pluspetitionis wegen vorgeschützter compensatio nie stattgefunden, mithin hätte diese auch von Justinian hier nicht aufgehoben werden können. Wir haben die Erwähnung dieses von Bethmann-Hollweg, dem Begründer jener Erklärung, nicht angeführten Zeugnisses absichtlich bis hierher verschoben, um es mit Hinweisung auf den vollständigen historischen Entwickelungsgang unserer Lehre prüfen zu können. Hiernach würden wir dieses Zeugniß für das classische Recht als ein Zeugniß aus einer ganz unhistorischen Zeit verwerfen müssen, auch wenn es sich auf keine Weise mit den aufgeführten Thatsachen vereinigen ließe. So viel aber würde daraus unwidersprechlich hervorgehen, daß zu Justinian's Zeit, schon vor der L. ult. h. t., die exceptio doli stets zu einer minutio actionis im Justinianischen Sinne geführt habe. Dieß ist nun aber auch völlig gegründet, ohne der obigen Interpretation im Geringsten im Wege zu stehen. Denn nach der Einführung der mutua petitio kam die exceptio doli zur Geltendmachung der compensatio nur noch bei den arbitriis ohne den Zusatz ex fide bona zur Anwendung, bei

127) Nov. 96. c. 2.

128) L. 13 §. 1. C. de judiciis. 3, 1.

denen eine poena pluspetionis nicht stattfand [129]). Zwar kann es hierbei noch immer befremden, daß Theophilus jene condemnatio in minus als eine allgemeine Folge der exc. doli anführt, allein entweder dachte er nur an das, was zu seiner Zeit gewöhnlich war, oder er hielt es für überflüssig und unzweckmäßig, seine Schüler, für welche ohne Zweifel die Paraphrase bestimmt war, mit der Erwähnung einer unpraktischen Antiquität, die jedenfalls einer weitläufigeren Erörterung bedurft hätte, zu behelligen. Wie man aber hierüber auch denken möge, so bleibt dabei die unter a. angeführte Bedeutung unseres Satzes unangefochten.

Nur die Eigenthümlichkeit ist hierbei noch zu bemerken, daß, wie die Worte ipso jure in der L. ult. C. cit. eine processualische Bedeutung haben, so auch das Wort compensatio hier in einer solchen processualischen Bedeutung, für: „Aufhebung oder Minderung des Erfolges einer angestellten Klage durch Vorschützung einer Gegenfoderung" genommen wird. Denn nur in dieser Bedeutung kann man sagen: comp. *fit* ipso jure ex (i. e. in processu, qui nascitur ex) omnibus actionibus. Diese Eigenthümlichkeit des Sprachgebrauches erklärt sich aber vollständig daraus, daß der Satz: comp. fit ipso jure, und zwar gerade in dieser Form, jedoch in einer anderen Bedeutung, schon lange vor Justinian zum Sprichworte geworden war.

Für unser heutiges praktisches Recht ist hiernach die Verordnung Justinian's, wenn sie wirklich keinen anderen Sinn hat, als den angegebenen, von geringer Bedeutung. Nur für die Interpretation der Quellen erlangt sie einige Wichtigkeit. Es fragt sich indeß freilich, ob nicht dadurch Justinian zugleich die compensatio in ihrer materiellen Einwirkung auf das Klagrecht den modis tollendi obligationem, und insonderheit der solutio habe gleichstellen wollen? Dieß soll in dem vierten Capitel untersucht werden, nachdem wir zuvor die andere Bedeutung des Satzes: comp. fit ipso jure, welche derselbe in den älteren Quellen hat, kennen gelernt haben.

---

129) S. oben §. 18.

Drittes Capitel.

Bedarf es zur Hervorbringung der compensatio einer Erklärung oder nicht?

1) Einleitung.

§. 21.

Justinian hat nehmlich den Satz compensatio fit ipso jure keineswegs zuerst eingeführt, vielmehr findet er sich schon bei den classischen Juristen [130]) theils angedeutet, theils mit klaren Worten ausgesprochen, am deutlichsten bei Paulus [131]) in den Worten:

(Posteaquam [132])) placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari cet.

Wollen wir nun nicht mit einigen Glossatoren bei den Worten inter omnes suppliren „contrahentes“, oder mit Cujaz [133]) den Kaiser Justinian der lächerlichen Anmaßung beschuldigen, daß er etwas, von dem schon 300 Jahre vor ihm

---

130) Mit Recht hat jedoch Einert a. a. O. darauf aufmerksam gemacht, daß keineswegs alle Stellen, die man dafür anführt, denselben enthalten. Wegen L. 4. h. t. s. oben §. 15. not. 84. Wegen L. 10. pr. h. t. und L. 4. C. h. t. s. jedoch unten §. 23 und 24.

131) L. 21. h. t.

132) Die Basiliken lassen dieß posteaquam weg und schließen das folgende mit et ideo an, was offenbar denselben Sinn giebt.

133) Observ. lib. 15. c. 12. und Paratitla ad Cod. h. t. Auch Schrader in s. Ausg. des corp. jur. ad §. 30. I. de actt. behauptet, daß Justinian parum novi eingeführt habe, weil der Unterschied zwischen b. f. und str. jur. längst unpractisch geworden sei. Dieß beweise auch die Art seiner Darstellung, indem er den Satz, daß comp. ipso jure stattfinden solle, nur beiläufig erwähne. Das Letztere können wir jedoch nicht finden, und das Erstere dürfte sich aus den vorhergehenden §§. widerlegen, wenn wir gleich zugeben können, daß die Praxis durch Justinian's Verordnung eben keine große Aenderung erlitt.

gesagt werden konnte: placuit inter omnes, sich selbst als eine Neuerung beigelegt habe, oder endlich das ipso jure in allen jenen Pandektenfragmenten für interpolirt erklären, so müssen wir annehmen, daß jener Satz schon in der classischen Zeit wirklich, jedoch in einer anderen Bedeutung, als der oben angegebenen, gegolten habe. Jeder wird nun wohl schon an sich geneigt sein, dabei an die weitere Bedeutung von ipso jure zu denken, und unter jenem Satze den Sinn zu suchen: Compensation im materiellen Sinne des Wortes, d. h. die Fiction der Bezahlung einer Schuld durch Gegenschuld, trete ein ohne eine darauf gerichtete menschliche Handlung, durch die bloße Existenz der Gegenfoderung; oder: das Recht, seine Schuld als bezahlt, und sich selbst als liberirt zu betrachten, erwerbe der Schuldner durch die bloße Existenz einer compensablen Gegenfoderung. Daß jener Satz im Munde der classischen Juristen diesen Sinn in der That hatte, soll nunmehr erwiesen werden.

2) Im älteren Rechte bedurfte es zur Hervorbringung einer compensatio gewisser Erklärungen.

§. 22.

So lange es kein Mittel gab, die aequitas compensationis im römischen Processe auch wider den Willen des Gegners geltend zu machen, konnte eine compensatio nur durch gegenseitige Uebereinkunft hervorgebracht werden. Auch diese aber musste, da es eine besondere Form für dieselbe, so viel wir wissen, nicht gab, in die Formen irgend eines andern vom Civilrechte anerkannten Rechtsgeschäftes, z. B. einer gegenseitigen acceptilatio, eingekleidet werden.¹) Von einem „Von selbst — oder ipso jure — Eintreten" der compensatio konnte daher im ältesten römischen Rechte nicht die Rede sein.

Möglich wäre es nun, daß man die Form einer gegenseitigen Verzichtleistung wenigstens anfangs noch beibehalten hätte, als man in bonae fidei judiciis dem Beklagten eine Berufung auf compensatio auch wider den Willen des Klägers gestattete. Diese Berufung würde dann ein Erbieten zur

Verzichtleistung und einen Antrag an den judex, hiergegen auch den Kläger zur Verzichtleistung zu nöthigen, enthalten haben. Ein solches umständliches Verfahren ist dem römischen Rechte keineswegs fremd [134]): indessen haben wir dafür, daß es bei der compensatio angewendet worden sei, keine Beweise.

Dagegen läßt sich so viel, glaube ich, beweisen, daß der Beklagte, welcher in bonae fidei judicio eine Gegenfoderung geltend machen wollte, in der älteren Zeit auf diese Gegenfoderung Verzicht leisten mußte [135]). Diese Verzichtleistung war nehmlich so lange, als compensatio nur noch in bonae fidei judiciis geltend gemacht werden konnte, zur Sicherstellung des Klägers nothwendig, wenn die Gegenfoderung des Beklagten von der Art war, daß sie an sich in einem stricti juris judicio geltend gemacht werden konnte. Denn ohne jene Verzichtleistung hätte hier der Beklagte die Foderung, die er in dem b. f. judicio zur Compensation gebracht hatte, hinterher noch einmal in stricti juris judicio einklagen können, ohne daß dem ehemaligen Kläger und nunmehrigen Beklagten ein Schutzmittel zur Seite gestanden hätte. Die exceptio rei judicatae oder in judicium deductae wenigstens stand ihm damals nicht entgegen, denn in judicium wurde nur deducirt, was in der intentio stand, diese enthielt aber in bonae fidei judiciis nie etwas von den Einwendungen des Beklagten.

Außer diesem inneren Grunde finde ich aber auch ein historisches Zeugniß für die Anwendung einer solchen Verzicht=

---

134) Es wäre das eine comp. necessaria im engsten Sinne des Worts, wie man auch eine emancipatio necessaria von denjenigen Fällen unterscheidet, wo die väterliche Gewalt ipso jure aufhört.

135) Ein ganz analoges Verfahren der röm. judices, und aus ganz ähnlichen Rücksichten hat der Vf. in Hinsicht des Satzes: Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit in s. Diss. de condict. furtiva cit. c. 3. §. 5. p. 53 sqq. nachgewiesen.

leistung in L. 21. h. t. 136). Hier erfahren wir nehmlich von Paulus, daß nach älterem Rechte (vor Paulus's Zeit) ein procurator absentis (d. h. nach dem bekannten Interpolationsprincip jeder Procurator, im Gegensatze des cognitor) welcher sich für seinen Machtgeber auf Compensation berufen wollte, de rato caviren mußte: und als Grund, warum dieß zu seiner Zeit nicht mehr nöthig sei, giebt Paulus an: weil jetzt der procurator beim Compensiren nicht mehr selbthätig handle (quoniam nihil compensat), sondern es so angesehen werde, als ob dem Kläger gleich anfangs ein Klagrecht auf ein Mehres, als nach Abzug der Gegenfoderung übrig bleibe, nicht zugestanden habe 137). Hieraus folgt, daß nach älterem Rechte allerdings zur Hervorbringung der Fiction, daß dem Kläger nur noch eine geringere Foderung (wegen fingirter Bezahlung des Restes) zustehe, eine Handlung erfodert wurde, und zwar eine solche Handlung, die dem Beklagten, wenigstens ihrer Form nach, möglicher Weise nachtheilig werden konnte, weil sonst eine cautio de rato nicht nöthig gewesen wäre. Eine solche Handlung nun kann durchaus nichts Andres sein, als eine Verzichtleistung auf die Gegenfoderung, oder eine der Verzichtleistung gleich zu achtende Erklärung. Durch die Annahme einer solchen Verzichtleistung erhalten endlich auch die Worte des Julian in L. 2. h. t.: si

---

136) Die Worte sind: Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari, non necesse habet procurator absentis de rato cavere, quoniam nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

137) Dieß nur können die Worte: sed ab initio minus ab eo petitur, bedeuten, nicht aber, daß nun wirklich allemal gleich anfangs weniger gefodert werde. Der Ideengang des Paulus ist: So wenig der Procurator de rato zu caviren braucht, wenn er behauptet, daß dem Kläger gleich anfangs eine geringere Foderung zugestanden habe, als dieser angiebt, so wenig braucht er dieß jetzt zu thun, wenn er compensirt, weil darin nur die Behauptung liegt, der Beklagte sei wegen eingetretener compensatio schon zur Zeit der Klaganstellung weniger schuldig gewesen.

paratus est compensare für die Rechtsgeschichte eine bestimmte Bedeutung.

3) Abweichungen von dieser Regel und allmälige Einführung des Grundsatzes: comp. fit ipso jure in weiterer Bedeutung.

§. 23.

Wo es nun einer solchen Verzichtleistung bedurfte, da konnte natürlich auch der Eintritt der compensatio selbst nur als die Folge jener Verzichtleistung betrachtet, mithin auch deren Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte, wo diese geschehen, datirt werden. Wahrscheinlich wendete man aber diese Verzichtleistung, als eine für den Beklagten an sich gleichgültige Handlung, regelmäßig an, wenn sich auch nicht gerade evident ergab, daß der Gegenanspruch des Beklagten zu einem str. jur. judicio führe, um eine weitläufige Erörterung hierüber abzuschneiden und den Kläger auf alle mögliche Fälle zu sichern [138]. Es war daher Regel, daß die Wirkungen der compensatio erst von dieser (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Verzichtleistung an zu datiren seien. Wo aber der Natur der Sache nach eine Gefahr für den Kläger nicht entstehen konnte, mithin jene Verzichtleistung überflüssig war, da nahm schon die ältere Praxis an, daß es so angesehen werden müsse, als sei die Foderung in dem Augenblicke, wo eine Gegenfoderung entstand, von selbst erloschen, oder vermindert worden. So behaupteten schon Neratius und Marcellus [139]),

138) Wie zweckmäßig dieß war, ergiebt sich daraus, daß durch Eintragung in die codices domesticos mit Bewilligung des Schuldners jedes bonae fidei negotium den Charakter eines str. jur. neg. erhalten konnte. Daß überhaupt Zweifel darüber, ob b. f. oder str. jur. actio vorliege, möglich waren, sehen wir aus der ganzen Rede pro Roscio Comoedo.

139) L. 15. de imp. in res dot. 25, 1. verbis: Sed ipsae res ita praestari intelliguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo, minus ex his percepisse videaris. Vgl. L. 5. pr. eod.

daß die auf eine Mitgift verwendeten Auslagen die Mitgift ipso jure verminderten, das heiße, daß es so angesehen werde, als habe der Ehemann von den Früchten der dos um so viel weniger eingenommen, als die Auslagen betrügen. Bei der compensatio dieser Auslagen war nehmlich jene Verzichtleistung des Beklagten nicht nöthig, weil ihm zur Verfolgung derselben eine besondere Klage gar nicht zustand. Ebenso war bei der compensatio der Argentarien keine Verzichtleistung nothwendig, weil hier das ganze Geschäftsverhältniß in judicium deducirt, mithin der Beklagte hier allerdings durch die exceptio rei judicatae an der Geltendmachung einer in dasselbe gehörigen Foderung auf immer gehindert wurde. Auch bei der compensatio der Argentarien ist daher die Idee, daß die compensatio von selbst eintrete, nicht zu verkennen 140). Kein Wunder also, wenn diese Idee zum allgemeinen Grundsatze wurde, als das einzige Hinderniß ihrer allgemeineren Anwendung, jene Verzichtleistung, außer Gebrauch kam.

Letzteres mußte aber geschehen, sobald man mittels doli exceptio die Compensation auch in stricti juris judiciis geltend machen konnte. Denn hiermit fiel jeder Grund zu einer solchen Weitläufigkeit hinweg. Hätte nunmehr der Beklagte die Foderung, womit er compensirt hatte, in stricti juris judicio hinterher klagend geltend machen wollen, so würde der Kläger auch seine Foderung, die ihm, wenn auch der Beklagte ganz absolvirt worden war, doch, abgesehen von der compensatio, wenigstens naturaliter noch zustand 141), mittels der doli exceptio, so unsicher auch deren Erfolg sonst sein mochte, hier mit unzweifelhaftem Erfolge entgegengesetzt haben. Zu dieser Ansicht konnten zu Paulus Zeit bereits alle Juristen gelangt sein (Posteaquam placuit inter omnes rel.), sie konnten es daher, auch ohne ein ausdrückliches Gesetz, als

140) S. oben §. 13.

141) L. 24. L. 60. pr. de cond. indebiti 12, 6. L. 8. ratam rem haberi 46, 8. Nun aber: etiam quod natura debetur, venit in compensationem. L. 6. h. t.

eine ausgemachte Sache betrachten, daß die Compensation ohne Dazwischenkunft irgend einer auf deren Hervorbringung gerichteten menschlichen Handlung im Augenblicke der Coexistenz zweier compensablen Gegenfoderungen von selbst — mithin ipso jure im weiteren Sinne des Wortes, eintrete.

4) Nach neuerem Rechte tritt die compensatio, sobald compensable Gegenfoderungen existiren, von selbst ein.

§. 24.

Daß dieß nun wirklich geschehen sei, dafür liefert zuvörderst die oben angeführte L. 21. h. t. 142) selbst den sprechendsten Beweis. Denn nachdem hier zuvörderst Paulus den Satz: id quod invicem debetur, ipso jure compensari, welcher nur in einer anderen Wendung dasselbe sagt, wie der Satz: compensatio fit ipso jure, als einen ganz allgemeinen und unbestrittenen ausgesprochen hat, erklärt er denselben dahin: „es werde zur compensatio keine auf deren Hervorbringung gerichtete Handlung erfodert (quoniam nihil compensat), sondern so angesehen, als ob dem Kläger gleich anfangs" — d. h. doch wohl, ehe der Beklagte sich darauf berief, also zu einer Zeit, wo, nach den Textesworten, nur die Coexistenz zweier Gegenfoderungen gegeben war, — „ein Klagrecht auf ein Mehres, als nach Abzug der Gegenfoderung übrig blieb, nicht zugestanden", es werde mithin seine Foderung in so weit, als die Gegenfoderung reiche, ohne Weiteres für getilgt erachtet. Eben so deutlich ist auch L. 10. pr. h. t. 143). In der ersten Hälfte dieses Fragmentes lehrt Ulpian, „wenn

142) S. oben §. 22. Note 136.

143) Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso jure liberationem.

socii sich eine gleiche Nachlässigkeit hätten zu Schulden kommen lassen, so" — nicht: könnten sie mit einander compensiren, sondern — „hörten sie ohne Weiteres auf, einander etwas (propter negligentiam) schuldig zu sein, weil Compensation der gegenseitigen Nachlässigkeit ipse jure bereits eingetreten sei." Nichts wird zu diesem Resultate vorausgesetzt, als die Existenz einer gegenseitigen Nachlässigkeit. An sich ist nun zwar diese erste Hälfte unseres Fragmentes nicht völlig beweisend, weil sie nicht von der regelmäßigen compensatio debiti et crediti, sondern von der singulären compensatio mutui delicti handelt, bei welcher der Satz comp. fit ipso jure vielleicht noch früher und in größerer Ausdehnung galt, als bei der ersteren [144]), allein volle Beweiskraft erlangt sie durch ihren Zusammenhang mit der unmittelbar darauf folgenden zweiten Hälfte. „Eben so," fährt nehmlich Ulpian fort, „verhalte es sich, wenn Einer der socii einen Gewinn zu conferiren, der andre aber eine solche Nachlässigkeit begangen habe, deren Taxirung (in Gelde) jenem Gewinne gleich komme" — also in einem Falle der eigentlichen compensatio debiti et crediti, welche nur quoad concurrentem stattfindet —, „auch hier" — nicht: könnten die socii mit einander compensiren, sondern — „werde es so angesehen (videri), als ob die compensatio bereits eingetreten, und beide Schuldner ipso jure befreit worden seien." Ulpian versteht hier also unter compensatio zwar allerdings die (einseitige oder zweiseitige) Willenserklärung, daß compensirt werden solle, aber nur, um zu sagen, daß es einer solchen Erklärung nicht bedürfe, sondern die beiderseitigen Schulden, sobald sie coexistiren, ohne Dazwischenkunft irgend eines facti für getilgt erachtet werden. Nur einen Zweifel läßt diese Stelle noch übrig, nehmlich ob dieses ipso jure-Eintreten der compensatio Gegenfoderungen ex pari causa voraussetze, wie in dem daselbst erwähnten Beispiele, oder

144) S. unten §. 54.

nicht [145]). Allein da Paulus berichtet, compensationem ex pari specie et causa dispari admitti, ohne dabei einer Verschiedenheit zwischen diesen beiden Fällen zu gedenken; da wir auch sonst keine Spuren einer solchen Verschiedenheit haben; da derselbe Paulus endlich in L. 21. cit. den Satz comp. fit ipso jure ganz allgemein ausspricht, so haben wir auch keine Ursache, an seiner Allgemeinheit zu zweifeln.

5) Anwendungen dieses Satzes im römischen Rechte.

§. 25.

Noch mehr bestätigt sich dieses Resultat, durch die Anwendungen, welche von dem Satze comp. fit ipso jure von den römischen Juristen gemacht werden, so wie durch einzele Entscheidungen, welche denselben, und zwar in der angegebenen Bedeutung, nothwendig voraussetzen.

Eine allgemeine Folgerung aus demselben ist die, daß die Fiction der Zahlung (so weit sie überhaupt eintritt) von dem Zeitpunkte an eintritt, in welchem compensable Gegenfoderungen vorhanden waren, und hiervon wird wieder zunächst die Folge abgeleitet, daß von diesem Momente an der Zinsenlauf gehemmt wird, wobei es gleichviel ist, ob nur eine der beiden Foderungen verzinslich war, oder beide, ob beide gleich oder ungleich verzinst wurden [146]. Diesen Satz sprach schon Sep-

145) Nur beiläufig, und mißbilligend, führt die erstere Meinung an **Baldus ad C. h. t.**

146) L. 4. C. h. t. Si constat, pecuniam invicem tibi deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debebatur, utique quoad concurrentes summas, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, dummodo petitio usurarum subsistit. L. 11. h. t. Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a D. Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse solvendas. L. 12. eod. Idem juris est non solum in privatis verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, *diversae tamen usurae*, compensatio nihilominus locum habet ejus, quod invicem debetur.

timius Severus aus[147]), ein sicheres Zeichen, daß auch der Satz comp. fit ipso jure zur Zeit dieses Kaisers schon anerkannt war. Diese Folge unseres Satzes nun ist in den Quellen zu bestimmt ausgesprochen, als daß sie selbst von den entschiedensten Gegnern desselben hätte abgeleugnet werden können. Sie helfen sich aber damit, daß sie sagen, die compensatio setze zwar eine Erklärung des einen Theiles voraus, die Wirkungen dieser Erklärung werden aber zurückgezogen, etwa wie bei der ratihabitio und der conditio existens[148]). Allein abgesehen davon, daß bei der compensatio nirgends von einem retrotrahere die Rede ist, wie bei den zuletztgedachten Thatsachen, so widerspricht dem ausdrücklich L. 4. C. h. t. Denn hier heißt es nicht bloß: pro soluto compensationem haberi ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debebatur, sondern: ipso jure pro soluto compensationem haberi ex eo tempore rel. Daß hier ipso jure auch nur eine andere Bedeutung haben könne, als „ohne Weiteres", „von selbst", „ohne Erklärung", wird schwerlich zu erweisen sein[149]).

---

147) L. 11. h. t. cit. Daß hier Septimius Severus, nicht Alexander gemeint sei, ergiebt sich, nächstdem daß dieser Alexander genannt wird, daraus, daß Ulpian, der Verf. jenes Fragmentes, und Zeitgenosse Alexander's, den von ihm citirten Severus „Divus" nennt.

148) Dieser schon bei Maestertius l. c. qu. 28. Gottl. Gerh. Titius Jur. civ. lib. 5. c. 13. §. 3. und anderen älteren Schriftstellern sich findenden Ansicht pflichtet neuerlich wieder v. Wening-Ingenheim in s. Lehrbuche §. 246. bei.

149) Donellus a. a. O. findet in dieser Stelle dreierlei. 1) Die comp. gelte für eine solutio; 2) sie gelte von der Zeit an, wo Gegenschulden vorhanden waren; 3) sie gel'e ipso jure; also könne hier ipso jure nicht so viel heißen, als „von jener Zeit an." Allerdings heißt es auch noch etwas Andres, nehmlich daß die comp. von jener Zeit an von selbst, ohne eine Handlung, eintrete, nicht von jener Zeit an das Recht gebe, die Schuld für bezahlt zu erklären. An ein ipso jure in engerer Bedeutung hierbei zu denken, namentlich es auf die materiellen Wirkungen

Es finden sich aber auch noch andere Anwendungen unseres Satzes, die sich keineswegs aus einer bloßen vis retrotractiva der comp. expressa erklären lassen. Dahin gehört zuvörderst, daß derjenige, der eine Gegenfoderung an seinen Gläubiger erlangt hat, nicht mehr in die verabredete Conventionalstrafe fallen kann, wenn er seine Schuld zur festgesetzten Zeit nicht bezahlt [150], woraus schon die Glossatoren die Regel gebildet haben, daß von dem Momente an, wo eine Gegenfoderung entstanden ist, der Schuldner überhaupt nicht mehr in mora gerathen könne [151], dafern er nur auch die Bezahlung seiner Gegenfoderung nicht verlangt. Träte die compensatio nicht von selbst ein, so würde hierbei vorauszusetzen sein, daß der

---

der compens. zu beziehen, erlaubt wohl schon der Zusammenhang nicht, da die Wirksamkeit der comp. an sich mit dem Wegfalle der Zinsen von Zeit der existirenden Gegenfoderung nichts zu schaffen hat. Vgl. auch unten §. 27.

150) L. 31. §. 1. de hered. pet. 5, 3. Sed si ipsi praedoni aliquid debebatur, hoc deducere non debebit, maxime si id fuerit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen, si expediat petitori, id debitum esse dissolutum, *propter poenam* vel aliam causam. *Potest dici*, *ipsum sibi solvisse*, *vel debuisse solvere*. In den letzten Worten liegt deutlich, daß die Conventionalstrafe als schon verfallen gedacht wird, dessenungeachtet aber nicht gezahlt werden soll, wenn zur Verfallzeit schon eine Gegenfoderung vorhanden war.

151) Es ist daher auch nicht zu bezweifeln, daß gegen den emphyteuta, sobald der Herr wegen des Kanons durch Gegenfoderung gedeckt ist, nicht auf Privation geklagt werden kann. Wegen der ihm obliegenden Bezahlung der öffentlichen Abgaben aber kann sich der Emphyteut nicht auf Foderungen an den Herrn berufen. Denn obgleich er die Verbindlichkeit zur Abtragung derselben gegen den Herrn hat, an welchen nach römischem Rechte der Staat sich hält, so ist doch dieß im Verhältnisse zum Herrn eine oblig. faciendi, und daher nicht compensabel. S. unten §. 50. und vgl. auch Guido Papa quaest. 171. De emphyteuta a privatione per compensationem liberato, ingl. Müller ad Struv. synt. h. t. th. 27. *β* und die das. angef. Schriftst.

Schuldner seine Absicht, zu compensiren, vor dem Eintritte der mora, oder wenigstens bevor der Gegner auf die Conventionalstrafe u. s. w. geklagt hat, erklärt habe. Wollte man aber annehmen, daß auch noch der Berufung auf die exceptio compensationis gegen die bereits angestellte Klage des Gläubigers jene vis retrotractiva zuzuschreiben sei, dann würde der Streit, ob comp. ipso jure eintrete, oder nicht, in der That ein bloßer Wortstreit sein, denn praktisch wäre es dann ebensogut, als ob keine Erklärung erfodert würde.

Eine fernere Anwendung unseres Grundsatzes ist es, daß derjenige der beiden Schuldner, der seine Schuld, nachdem er Gegenfoderungen erhalten hat, bezahlt, — also gewiß nicht erklärt hat, compensiren zu wollen — das Gezahlte unter geeigneten Umständen als ein indebitum zurückfodern kann[152]. Ja, Ulpian sagt hier ausdrücklich: qui compensare potens solverit, also, wer auf Compensation provociren konnte, es aber nicht gethan hat. Würde hier eine Erklärung vorausgesetzt, so müßte es heißen: qui postquam compensavit — oder compensatum est — solverit. Auch hier sagen zu wollen, man könne noch nach geleisteter Zahlung erklären, compensiren zu wollen, und diese Erklärung würde dann auch auf die Zeit vor der Zahlung zurückgezogen, würde wieder eben so viel, nur mit anderen Worten gesagt sein, als comp. fit ipso jure. Denn wenn sich freilich der Schuldner, welcher bezahlt hat, darauf, daß comp. ipso jure geschehen sei, niemals beruft, so erhält er auch das Gezahlte nicht wieder.

Wenn endlich der Bürge sich damit schützen will, daß der Hauptschuldner durch compensatio befreit sei, so braucht er sich nicht auf eine Erklärung des Hauptschuldners, oder des Gläubigers, daß compensirt werden solle, sondern nur darauf

---

152) L. 10. §. 1. h. t. Si quis *igitur* compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. Das igitur verweist auf das princ. dieses Fragmentes, in welchem eben der Satz comp. fit ipso jure vorgetragen wird. Ulpian betrachtet also ausdrücklich die condictio indebiti als eine Folge dieses Satzes.

zu beziehen, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner schuldig sei [153]); gewiß ein deutliches Zeichen der Ansicht, daß schon die Existenz einer Gegenfoderung den Hauptschuldner befreie.

Eine im römischen Rechte zwar nicht ausgesprochene, aber von den Rechtslehrern wohl nie bezweifelte Folge unseres Grundsatzes ist endlich auch die, daß der Kläger, der wegen vorgeschützter Gegenfoderungen des Beklagten den Proceß verliert, demselben die Kosten erstatten muß. Gälte unser Satz nicht, so müßte der Beklagte sich entweder darauf beziehen, daß er schon vor angestellter Klage compensiren zu wollen erklärt habe, oder, gleichwie derjenige, der nach erhobener Klage erst bezahlt, die bis zur Vorschützung der exc. comp. erwachsenen Kosten dem Kläger erstatten.

6) Prüfung der Gegengründe.

§. 26.

Die Gründe, mit denen man den Satz comp. fit ipso jure in der oben angegebenen Bedeutung bestritten hat, sind von dreifacher Art.

Erstlich beruhen sie auf dem Irrthume, daß durch diesen Satz zugleich über die Wirkungen der compensatio entschieden werde, weshalb man sich zu dessen Bestreitung aller der Gründe bediente, aus denen folgt, daß die Compensation allerdings nicht in ihren Wirkungen den ipso jure, d. h. mit Nothwendigkeit, die Foderung aufhebenden Thatsachen gleichstehe. Diese Ansicht findet zum Theil schon in dem oben §. 10 Gesagten ihre Widerlegung. Der Satz: die Compensation tritt von selbst ein, sagt durchaus nichts über die Frage, welche Wirkungen die Existenz einer Gegenfoderung habe [154]),

---

153) L. 5. h. t. Si quid a fidejussore petatur, aequissimum est, eligere fidejussorem, quod ipsi, an quod reo *debetur*, compensare malit rel.

154) Aliud enim est, solutionem *fieri ipso jure*, aliud, compensationem *ipso jure pro soluto haberi*. Aliud est agere de eo modo, quo fit compensatio, aliud de effectu compensationis

sondern nur soviel, daß diejenigen Wirkungen, welche sie wirklich hat, ohne Weiteres, ohne Erklärung der Parteien, von selbst eintreten. Ja, es liegt darin nicht einmal, daß alle Wirkungen, welche die Entstehung einer Gegenfoderung hervorbringen kann, von selbst eintreten, sondern nur so viel, daß die bloße Existenz einer Gegenfoderung gewisse Wirkungen hat, nehmlich die Foderung in gewissen Beziehungen aufzuheben, und daß der Inbegriff dieser Wirkungen compensatio genannt wird. Damit ist es aber sehr wohl vereinbar, daß auch der Erklärung, compensiren zu wollen, gewisse Wirkungen beigelegt werden, welche die bloße Existenz einer Gegenfoderung noch nicht hervorbringt, daß also nach erklärter Compensation die Foderung in noch mehr Beziehungen für bezahlt geachtet werde, als vor jener Erklärung. Ob dieß der Fall sei, oder nicht, soll im nächsten Abschnitte bei der Lehre von den Wirkungen der compensatio untersucht werden.

Eine zweite Gattung von Einwendungen gegen den Satz comp. fit ipso jure in der obigen weiteren Bedeutung beruht auf ungehörigen Folgerungen, die man daraus abgeleitet hat. Eine solche ist die, daß man sich auch vor Gericht nicht auf die compensatio zu berufen, die exceptio compensationis nicht vorzuschützen brauche, sondern der Richter dieselbe ex officio berücksichtigen müsse [155]. Dieß liegt in dem Satze c. f. i. j. aber durchaus nicht, denn dieser bezieht sich nur auf die Fiction der Zahlung und das daraus entspringende materielle Recht des Schuldners, seine Schuld als getilgt zu betrachten, nicht aber auf dessen Geltendmachung. Jenes Recht wird erworben, sobald Gegenfoderung existirt, ohne pactum, ohne Erklärung, womit sich aber sehr wohl verträgt, daß es, wie tausend andere Rechte, vor Gericht durch eine Handlung der Partei, ja selbst durch eine förmliche Handlung,

---

dicere. Einert a. a. O. p. 9., welcher freilich aus dieser Bemerkung einen ganz anderen Schluß zieht.

155) Freilich hat man diese Meinung auch noch auf andere Gründe gestützt, als auf den Satz comp. fit ipso jure, worüber m. s. §. 31.

wie z. B. das Erbitten der exceptio doli im älteren römischen Rechte, geltend gemacht werden müsse und widrigen Falles verloren gehe. Auch die exc. doli des älteren Rechtes widerstreitet daher dem obigen Satze in dieser weiteren Bedeutung keineswegs, vielmehr erhält dieselbe vermöge des Satzes: dolo agit, qui petit, quod redditurus est, erst dann recht ihren wahren Boden, wenn angenommen wird, daß der Beklagte schon vor deren Vorschützung nichts mehr schulde, mithin der Kläger das nachher etwa Gezahlte als ein indebitum zurückgeben müsse. Nur die L. ult. C. h. t. in welcher allerdings gesagt wird, daß die compensatio die formelle Klage ipso jure aufhebe, konnte allenfalls Veranlassung geben, wenn man hier ipso jure „ohne ein Factum der Beklagten" übersetzte, unter diesem Factum die Vorschützung der exc. comp. zu verstehen. Allein hier hat ipso jure, wie wir schon gesehen haben, eine ganz andere Bedeutung.

Endlich, und dieß ist der wichtigste Einwand, beruft man sich aber auch auf Gesetzstellen, aus denen hervorgehen soll, daß zur Compensation allerdings eine Erklärung gehöre. Dahin gehört zuvörderst L. 2. h. t., wo es ganz allgemein heißt: Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem submovet, si paratus est, compensare. Welchen Sinn diese Worte für Julian's, ihres Urhebers, Zeit hatten, ist oben[156]) gezeigt worden. Im Justinianischen Rechte aber können wir nichts Anderes darin finden, als daß es dem Beklagten freistehe von der Fiction, daß die Zahlung bereits geschehen sei, wie von jedem anderen Privatrechte, Gebrauch zu machen, oder nicht, und daß ihm im letzteren Falle sein Klagrecht unbenommen bleibe. Es liegt also darin wieder nur, daß die comp. nicht nothwendig eintrete, sondern nur wenn der Beklagte es will; will er es aber, so tritt sie ohne Weiteres, ohne Erklärung ein. Wollten wir mehr unter diesen Worten suchen, so würden wir auch annehmen müssen, daß die comp. nach Justinianischem Rechte noch eine Verzichtlei-

156) §. 22. am Ende.

stung des Beklagten voraussetze. Dasselbe gilt nun von solchen Stellen, wo von einem compensare velle, compensare posse die Rede ist[157]), und die nur zur Unterstützung der L. 2. cit. angeführt werden. Nur eine solche Stelle citirt v. Wening-Ingenheim, in welcher allerdings das compensare velle noch mehr bedeutet, nehmlich L. 20. §. 2. de statuliberis[158]). Hier ist nehmlich von einem Sklaven die Rede, welchem die Freiheit unter der Bedingung legirt ist, daß er dem Erben X. zahle. Da heißt es nun: wenn der Erbe dem Sklaven schuldig sei, und der Sklave diese Schuld compensiren wolle, so sei er frei. Allein man sieht, daß hier in der Erklärung des Sklaven, compensiren zu wollen, nur eine Umschreibung der Erklärung liegt, daß er das Legat der Freiheit unter jener Bedingung annehmen wolle. Ohne eine solche Erklärung ist ja der Sklave dem Erben gar nichts schuldig, mithin kann aus Mangel einer Gegenfoderung keine Compensation eintreten. Zugleich wollte der Jurist die Frage entscheiden, ob der Erbe sich diese Erklärung gefallen lassen müsse, oder ob er Baarzahlung verlangen könne. Zwei Gründe konnte der Erbe für sich anführen, nehmlich erstlich, daß die Bedingung stricte zu erfüllen sei, zweitens daß eine Schuld an einen Sklaven eigentlich gar keine Schuld sei und erst nach der Freilassung als eine naturalis obligatio gelte. Dessenungeachtet wird aber compensatio zugelassen. Wir haben also einen Fall, der in jeder Beziehung singulär, und zur Ableitung einer allgemeinen Regel nicht geeignet ist. Eine andere, be-

---

157) L. 5. L. 16. h. t. L. 26. de probatt. 22, 3.

158) Quodsi heredi dare jussus est decem (et sic liber esse cfr. L. ead. pr.) et eam summam heres debeat servo, *si velit servus eam pecuniam compensare*, erit liber. Man pflegt auch L. 15. ratam rem hab. 46, 8. verbis: Sed si quis compensatione deductioneve *usus est*, petiisse eum videri, et committi stipulationem, amplius non peti, hierher zu rechnen. Allein es ist zu klar, daß hier von einem Falle die Rede ist, wo wider den Willen des Klägers comp. unmöglich ist, da: quaecunque per exceptionem perimi possunt, in comp. non veniunt.

denklichere Stelle, die L. 4. qui pot. in pign., von welcher aber v. Wening keinen Gebrauch gemacht hat, wird unten erklärt werden[159]. Wir erinnern dabei vor der Hand nur nochmals, daß gewisse Wirkungen der compensatio allerdings eine Erklärung voraussetzen können, wenn auch im Allgemeinen die Gegenschulden schon ohne dieselbe für bezahlt gelten, und auch dieß compensatio genannt wird. Diese Wirkungen werden dann aber allerdings auch nur von der Zeit an eintreten, wo die compensatio erklärt worden ist. Dagegen sind die übrigen Wirkungen derselben auch dann von dem Augenblicke der Coexistenz der Gegenfoderungen an zu datiren, wenn hernach eine solche Erklärung hinzugetreten ist. Nur wo die Voraussetzungen der comp. tacita[160]) mangelhaft sind, und dieser Mangel durch eine Erklärung des einen Theiles ersetzt werden muß, wo mithin nur eine comp. expressa, keine tacita möglich ist[161]), kann auch keine ihrer Wirkungen eher eintreten, als bis jene Erklärung geschehen ist.

Viertes Capitel.

Von den (materiellen) Wirkungen der compensatio.

1) Von den Wirkungen der comp. tacita.

§. 27.

Die Wirkung der compensatio bezeichnen unsere Quellen im Allgemeinen dadurch, die beiden Foderungen würden für bezahlt, d. h. für getilgt erachtet[162]). Ob sie aber in jeder

159) S. §. 28.

160) S. d. folg. Buch.

161) Beispiele s. oben §. 4. und unten, §§. 38. 40. 44. 65. 69. 75. 77. 82. 87. und L. 20. §. 2. de statulib. cit.

162) Vgl. außer L. 4. C. h. t. auch die oben §. 2. am Anfange citirten Stellen, ingleichen die §. 8. Not. 53. citirte Stelle der Basiliken.

Beziehung für getilgt, ob sie für bezahlt im engeren Sinne des Wortes gelten, ist eine andere Frage. Schon der Umstand, daß die compensatio stets als eine ficta solutio betrachtet wird, muß uns darüber Zweifel erregen.

In welchen Beziehungen die Gegenfoderungen für bezahlt gelten, ist schon oben, bei der Frage, von welcher Zeit an, und unter welchen Voraussetzungen dieß der Fall sei, zur Sprache gekommen. Der Schuldner, welcher seine Schuld nach eingetretener Compensation bezahlt, kann das Gezahlte als eine Nichtschuld zurückfodern; eine mora kann von keiner Seite mehr eintreten; alle Nebenverbindlichkeiten, insonderheit zur Zinsenzahlung, erlöschen; Bürgen (und Pfänder) werden befreit. Dieß alles sind Wirkungen der compensatio tacita, die sie mit der solutio, aber freilich auch ebensogut mit dem pactum de non petendo, und jeder anderen reinen Einrede gemein hat[163]. Es fragt sich nur noch, in welchen Beziehungen ihre Wirkungen von denen der solutio verschieden seien. Dergleichen Verschiedenheiten finden sich in nicht geringer Anzahl. Sie zeigen sich theils in dem Verhältnisse der Parteien gegen einander, theils im Verhältnisse derselben zu dritten Personen.

In dem ersteren Verhältnisse findet sich Folgendes:

1) Es hängt ganz von dem Schuldner ab, sich auf die exc. compens. zu berufen, oder nicht[164]. Thut er dieß nicht, so verliert er keineswegs seine Foderung, sondern höchstens das Recht, sie compensando geltend zu machen, während derjenige, der sich an der exc. solutionis versäumt[165], noch einmal bezahlen muß.

2) Wer seine durch compensatio getilgte Schuld be-

---

163) Vgl. z. B. L. 26. §. 3. L. 40. de cond. indeb. 12, 6.

164) L. 1. §. 4. de contr. tut. act. 27, 4. Praeterea si tutelae judicio quis convenitur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit. *Sic erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere malit.*

165) Vorausgesetzt, daß eine solche Versäumniß möglich ist.

zahlt, kann in der Regel nicht nur das Gezahlte mit Condictionen zurückfodern, sondern auch seine eigne Foderung als solche geltend machen 166).

3) Man kann auf die exc. compensationis auch zum Voraus verzichten 167), während eine solche Verzichtleistung auf die exc. solutionis, als ein reiner Unsinn, ganz wirkungslos sein würde.

Im Verhältnisse zu dritten Personen gilt die Regel: dritte Personen können sich nur insofern darauf, daß eine Schuld durch Gegenschuld getilgt sei, berufen, als der Schuldner selbst daran, daß sie dieß können, ein Interesse hat; daher

1) der correus debendi darauf, daß die Correalschuld durch Gegenfoderungen des anderen correus getilgt sei, nur dann, wenn ihn der andere correus, falls er zahlen müßte, zu entschädigen verbunden wäre 168);

---

166) L. 8. de negot. gestis 3, 5. Si *quocunque modo* ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Vgl. L. 7. §. 1. h. t. L. 1. §. 4. contr. tut. a. cit. Man darf hier nicht bloß an solche Fälle denken, wo die exc. comp. wegen mangelnder Bedingungen der compensatio verworfen wird. Dem widerstreiten die Worte quocunque modo. Höbe nun die comp. die Foderungen nothwendig auf, so könnte, im Falle der Richter die exc. comp. übersehen oder wegen Illiquidität verworfen hätte, ein Klagrecht aus denselben nicht mehr stattfinden. Dieß zu umgehen, statuirt Tyndarus a. a. O. art. 6. no. 76., daß hier die frühere Klage durch das Erkenntniß restituirt werde. Allein von einer solchen in int. restitutio ist nirgends die Rede. Ebendeshalb muß aber auch dann dem Schuldner sein Klagrecht bleiben, wenn er ohne allen Proceß, freiwillig bezahlt hat. Vgl. jedoch unten §. 97.

167) L. 13. h. t. Non est sine ratione, quod Labeo ait: ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non objiciatur. In einer solchen Uebereinkunft liegt nehmlich stillschweigend eine Verzichtleistung auf die Compensation mit anderen Foderungen.

168) L. 10. de duob. reis. 45. 2. Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pe-

2) der Bürge kann sich auf Gegenfoderungen des Hauptschuldners, nicht aber der Hauptschuldner auf Gegenfoderungen des Bürgen berufen, obwohl dieser damit compensiren kann [169];

3) der dritte Pfandbesitzer kann sich darauf, daß die Pfandschuld durch Gegenfoderungen des Schuldners getilgt sei, berufen, weil ihm dieser Eviction leisten müßte, nicht aber der nachstehende Pfandgläubiger darauf, daß das Pfandrecht des vorgehenden durch Gegenfoderung erloschen sei [170].

Fassen wir nun diese Beschränkungen unter einen allgemeinen Gesichtspunkt zusammen, so ergiebt sich das Resultat: durch compensatio gilt jede der beiden Gegenfoderungen nur in sofern für getilgt, als dieß zum Schutze eines der beiden Schuldner gegen das unbillige Verlangen des Gläubigers, dieselbe zu bezahlen, nothwendig, als diese Fiction ihm einen solchen Schutz zu gewähren noch im Stande ist, und als er endlich nicht auf diesen besonderen Schutz selbst Verzicht geleistet hat, in allen anderen Beziehungen aber bleiben sie, sowohl unter den Parteien selbst, als auch gegen dritte Personen, bei Kräften. Die Fiction der Zahlung bezieht sich daher auch zunächst immer nur auf Eine der beiden Gegenfoderungen, nehmlich auf diejenige, welche unbilliger Weise geltend gemacht werden soll, und erscheint daher als ein reines Einrederecht zum Schutze gegen die aus derselben anzustellende Klage.

Alle diese Beschränkungen ihrer Wirksamkeit, welche eben so viele Verschiedenheiten von der solutio sind, finden sich aber

---

cuniam debet. Correi socii werden aber eben solche genannt, die gegen einander die Entschädigungsverbindlichkeit haben. Unter ihnen findet eine societas unius rei (huius debiti) statt. S. unt. §. 63.

169) Für Letzteres kann ich mich auf kein Gesetz, wohl aber auf die Uebereinstimmung aller Rechtslehren berufen; über Ersteres s. L. 4. 5. h. t.

170) L. 4. qui pot. in pign. S. d. folg. §.

nicht nur im älteren römischen Rechte, sondern sind von Justinian, nach Erlassung der L. ult. C. h. t. in seine Compilationen aufgenommen. Die compensatio ist daher auch nach Justinianischem Rechte materiell eine reine exceptio, und es ist diese ihre Eigenschaft durch Justinian's: compensationem ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus keineswegs aufgehoben.

2) Wirkungen der comp. expressa.

§. 28.

Diese Beschränkungen gelten von der compensatio tacita, d. h. von der Wirkung, welche die bloße Existenz zweier compensabler Gegenfoderungen auf dieselben ausübt, gewiß. Ob sie aber auch von der comp. expressa, d. h. dann gelten, wenn einer oder der andere der gegenseitigen Schuldner und resp. Gläubiger compensiren zu wollen erklärt hat, ist eine andere Frage.

Betrachten wir diese Frage zunächst in Beziehung auf Dritte aus allgemeinen Gesichtspunkten, so ergiebt sich, daß, so lange keine der Parteien erklärt hat, compensiren zu wollen, immer noch angenommen werden kann, daß beide auf die compensatio verzichten und daher noch wirklich einander bezahlen wollen. Es kann ja sogar noch Einer der beiden Gläubiger dem Andern seine Schuld erlassen, und dieses Recht darf ihm dadurch, daß Dritte sich auf die dadurch hervorgebrachte Compensation berufen können, nicht verkümmert werden. So wenig ich daher ein Recht habe, zu verlangen, daß ein Anderer seine Schulden bezahle, so wenig kann mir ein Recht zustehen, zu behaupten, daß ein Anderer sich selbst seine Foderungen bezahlen müsse, oder bezahlt habe, so lange er dieß nicht wirklich gethan hat. Hat aber einer der Gegenschuldner erklärt, daß er compensiren wolle, so ist es nun in der That für Dritte in jeder Beziehung so gut, als ob er die Zahlung wirklich erhalten und resp. geleistet hätte. Zwar ist es möglich, daß der Andre von dieser Erklärung nichts wissen will, daß er dennoch

auf Zahlung besteht, und daß in Folge dessen der Erstere von seiner Erklärung wieder abgeht, die Zahlung leistet, und nun auch seinerseits selbst klagt; allein weder die Nichtannahme von Seiten des anderen Hauptinteressenten, da sie unter der Voraussetzung compensabler Foderungen eine Widerrechtlichkeit enthalten würde, noch die Willensänderung des Ersteren, kann präsumirt werden. Auch wenn ein pactum de compensando abgeschlossen worden ist, können beide Theile wieder davon abgehen; auch die bereits wirklich geleistete Zahlung kann wieder zurückgegeben werden. Allein würde auf solche Möglichkeiten Rücksicht genommen, so könnten dritte Personen, die an der Tilgung einer Schuld ein selbständiges Interesse haben, dieses Interesse niemals realisiren; ihre Rechte müßten stets in suspenso bleiben. Es scheint daher zweckmäßig zu sein, daß, sobald einer der gegenseitigen Schuldner und resp. Gläubiger erklärt hat, compensiren zu wollen, eine Erklärung, welche der Andere sich gefallen zu lassen gesetzlich verpflichtet ist, nun auch jeder Dritte sich auf die Fiction, daß beide Gläubiger sich selbst bezahlt gemacht haben, berufen könne.

Im römischen Rechte haben wir nur Eine Stelle, welche hierüber bestimmte Auskunft giebt, nehmlich die L. 4. qui potiores in pignore (20, 4)[171]. Hier wird nehmlich gesagt, daß, wenn der erste Pfandgläubiger dem Pfandschuldner selbst schuldig geworden sei und diese Schuld mit der Pfandschuld compensirt habe, der zweite Pfandgläubiger sich darauf, daß nun das erste Pfandrecht durch compensatio erloschen sei, berufen und die Rechte eines ersten Pfandgläubigers ausüben könne. Hierdurch erhebt sich die compensatio über die Wir-

171) Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset, et antequam utrique creditori solveret debitum, rem (aliam) priori creditori vendiderit, *creditumque pensaverit* cum pretio rei venditae, dicendum est, perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset. Nec enim interesse, solverit, an pensaverit: *et ideo posterioris creditoris causa est potior.*

kungen einer reinen exceptio, indem einem Dritten ohne Rücksicht auf das Interesse des durch comp. befreiten Schuldners gestattet wird, sich auf dieselbe zu berufen. Dazu wird aber nicht nur, wie in andern Stellen, wo von der comp. tacita die Rede ist, vorausgesetzt, daß Gegenfoderungen existiren, sondern außerdem noch, daß der Schuldner etwas gethan, daß er compensirt habe[172]. Das Geringste, woran wir bei diesen Worten denken können, ist eine einseitige Erklärung, daß comp. eintreten solle. Es berechtigt uns aber auch nichts, noch mehr, z. B. ein pactum de compensando, unter diesen Worten zu suchen, zumal da es nicht heißt: si compensaverint inter se, sondern nur von einem der Hauptinteressenten gesagt wird: si compensaverit.

Es bietet aber der in der L. 4. cit. behandelte Fall gar nichts Besonderes dar, weshalb gerade hier einem Dritten die Berufung auf die comp. gestattet, oder gerade hier dieses Recht des Dritten durch eine ausdrückliche Erklärung eines Hauptinteressenten bedingt sein sollte. Wir dürfen also wohl hierin die Anwendung eines allgemeinen Principes erblicken, daß, wenn die Compensation von einem der Gegengläubiger ausgesprochen worden ist, nunmehr ein Jeder, der an der Tilgung Einer der Gegenfoderungen ein Interesse hat, sich darauf,

---

172) Vergleicht man die Ausdrucksweise unseres Fragmentes auf der einen Seite mit der ganz analogen in L. 20. §. 2. de statu liberis, wo ebenfalls zweierlei vorausgesetzt wird, 1) daß eine Gegenschuld vorhanden, 2) daß compensirt worden sei, und auf der anderen Seite mit der von Ulpian selbst, dem Vf. unserer Stelle, in L. 10. pr. h. t. beobachteten, wo es heißt: si parem neglig. adhibuimus — si alter negligentiam exhibuit, und mit den Worten der L. 10. de duob. reis, non prodest, quod alter *pecuniam debeat*, so wird gewiß der Unterschied fühlbar werden. Spräche hier Ulpian von einer comp. tacita, so würde er entweder die Worte creditumque pensaverit ganz weggelassen und dann etwa hinter dicendum est eingeschaltet haben: compensationem factam videri, et ideo rel., oder er würde statt jener Worte gesetzt haben: nec pretium rei venditae exegerit u. dgl.

daß sie getilgt sei, berufen könne [173]). Auch ergiebt sich aus L. 4. cit., daß dem Dritten diese Berufung nicht nur gegen den, der diese Erklärung abgegeben hat (hier den Pfandschuldner), sondern auch gegen den anderen Interessenten (hier den Pfandgläubiger) zusteht. Nur darüber könnte noch Zweifel sein, ob nach einer solchen Erklärung nun auch die Gegengläubiger und resp. Schuldner gegen jeden Dritten sich darauf, daß ihre Schuld getilgt, ihre Foderung bezahlt sei, berufen können? Die L. 4. cit. giebt hierüber an sich keine Auskunft. Allein wenn wir in derselben die Anwendung eines allgemeinen Principes erblicken dürfen, so werden wir folgeweise auch dieß zugestehen müssen. Hat also z. B. der Bürge erklärt, gegen den Gläubiger mit einer ihm selbst zustehenden Foderung compensiren zu wollen, so wird nunmehr nicht nur sich der Hauptschuldner gegen den Gläubiger hierauf berufen, sondern auch der Bürge (dafern er nur zu jener Erklärung befugt war) sofort seinen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner erheben können. Hat ferner eine Ehefrau ihrem Manne die versprochene Mitgift nicht wirklich eingebracht, wohl aber erklärt, daß sie damit auf eine gleich große Schuld des Mannes an sie selbst compensiren wolle, oder vom Manne eine solche Erklärung erhalten, so wird sie behaupten können, daß hiermit die Illation erfolgt sei, und sie daher auf die compensirte Summe die privilegia dotis gegen die Gläubiger des Mannes erworben habe. Nicht aber wird sie sich zu diesem Zwecke auf die bloße Existenz einer Schuld ihres Mannes berufen können [174]).

Im Verhältnisse zu dritten Personen also steht die compensatio expressa der solutio ganz gleich. Es fragt sich nur

173) Sollte nicht auch aus L. 10. de duob. reis cit. in den Worten: non proderit alteri, quod alter *pecuniam debeat*, durch ein argum. a contrario zu schließen sein: sed proderit, si eam pecuniam compensaverit?

174) Mevius decis. P. VII. dec. 242. 243., welcher jedoch hieraus den unrichtigen Schluß zieht, die comp. könne überhaupt nicht ohne Erklärung eintreten.

noch, ob dieß auch im Verhältnisse der gegenseitigen Schuldner gegen einander anzunehmen sei. Hierzu findet sich weder in den Quellen, noch in dem Principe der Billigkeit, welches bei der compensatio immer im Auge zu behalten ist, eine Veranlassung [175]. Hat also A. erklärt, compensiren zu wollen, B. nimmt aber diese Erklärung nicht an, fodert vielmehr seine Bezahlung, so steht es noch immer dem A. frei, diese Zahlung zu leisten, und nun auch seinerseits seine Foderung geltend zu machen.

3) Wirkungen der comp. voluntaria.

§. 29.

Daß ein pactum de compensando diejenigen Wirkungen habe, welche der einseitigen Erklärung, compensiren zu wollen, zukommen, versteht sich, wenn dabei die Bedingungen der compensatio necessaria vorhanden sind, von selbst. Es kann daher nur noch davon die Frage sein:

1) Bewirkt ein solches pactum, daß die beiderseitigen Foderungen unter den Contrahenten in jeder Beziehung und unter jeder Bedingung getilgt werden?

2) Hat es die Wirkungen der comp. expressa auch dann, wenn eine oder die andere der zur compensatio necessaria erfoderlichen Bedingungen nicht vorhanden oder erweislich ist?

Die erste Frage muß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Wirksamkeit der Verträge bejaht werden. Denn unter den Parteien wirkt in materieller Hinsicht Verzichtleistung eben so viel als Bezahlung, und die comp. voluntaria enthält eine Verzichtleistung. Wer daher z. B. nach Abschluß eines solchen pacti seine Schuld noch bezahlt, kann deshalb nicht auch seine Foderung bezahlt verlangen, sondern höchstens, wenn er aus entschuldbarem Irrthume zahlte, das Gezahlte durch condictio indebiti zurückfodern. Diese Sätze würden kaum der Erwäh-

175) Ein gleiches Resultat ergiebt sich, wenn wir die einseitige Erklärung, compensiren zu wollen, als ein unacceptirtes Erbieten zur gegenseitigen Verzichtleistung betrachten.

nung bedürfen, wenn ihnen nicht ein positives Gesetz scheinbar entgegenstünde, nehmlich L. 13. C. h. t. [176]). Der in diesem Rescripte der Kaiser Diokletian und Maximinian behandelte Rechtsfall ist folgender. Ein Einnehmer öffentlicher Abgaben, Mucianus, schuldet einem seiner Contribuenten, und beide vereinigen sich, daß diese Schuld mit dem Abgabenreste des Contribuenten compensirt werden solle. Nach Abschluß dieses pacti de compensando giebt der Contribuent dem Mucianus einen Revers, in welchem er auf seine Foderung an denselben verzichtet. Mucianus unterläßt aber, die compensirte Summe in die öffentliche Casse zu legen; sie wird daher vermißt, und der Contribuent zur Nachzahlung angehalten, worauf er nun condictio indebiti gegen den Mucianus anstellt. Der Kaiser aber entscheidet, daß condictio indebiti hier nicht stattfinde, wohl aber die dem Contribuenten von Hause aus gegen den Mucianus zustehende Klage.

Allein zuvörderst ist hier gar nicht von einer wahren compensatio voluntaria die Rede, sondern das, was die Parteien, und daher auch das Rescript, compensatio genannt haben, ist nichts Andres, als eine delegatio des Mucianus an den Gläubiger seines Gläubigers, den Fiscus. Denn auch zur comp. voluntaria kann man sich nicht fremder Foderungen ohne Einwilligung des Gläubigers bedienen. Sodann aber hatte sich in dem fraglichen Falle der Contribuent durch das Wort „postea“, welches sein Revers enthielt, und worunter nichts Andres verstanden werden kann, als: „nachdem ich von meiner Schuld an den Fiscus befreit sein werde“, oder „unter Voraussetzung dieser Befreiung“, gegen den Verlust seiner Klage auf den Fall, daß Mucianus sein sogenann-

---

176) Si, velut in id debitum, quod solennium publicarum pensitationum nomine debueras, compensaturo tibi, nihil te petiturum postea, Muciano scripsisti: redditis his, quae venerunt in compensationem (i. e. reddita pecunia, quae ex compensatione tibi quasi soluta est), non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.

tes Compensationsversprechen nicht erfülle, gesichert[177]). Hiernach beweist also unsere Stelle, da sie denn doch in den Titel de compensationibus aufgenommen ist, eher für das Gegentheil, nehmlich, daß ohne einen solchen Vorbehalt bei einer wirklichen comp. voluntaria beide Foderungen in der That vollkommen erlöschen.

Ueber die zweite Frage mangelt es uns ebenfalls an positiven Entscheidungen. Betrachten wir die comp. voluntaria lediglich aus dem Gesichtspunkte einer doppelten Verzichtleistung, so müssen wir dieselbe verneinen, denn liberatorische Verträge wirken an sich in Beziehung auf Dritte nur in so weit, als es zur Sicherheit des Liberirten erfoderlich ist[178]). Allein die compensatio voluntaria enthält denn doch wohl noch etwas mehr, als eine bloße gegenseitige Verzichtleistung. Es liegt in derselben immer zugleich eine datio in solutum Selbst wenn die Bedingungen der comp. necessaria nicht vorhanden sind, wenn z. B. eine auf ein corpus gerichtete mit einer Geld-Foderung compensirt wird, erhält doch jeder etwas, das wenigstens nach seiner subjectiven Schätzung dem Objecte seiner Foderung entspricht. Die gegenseitige liberatio ist daher nicht bloß als die Folge eines Vertrages (der an sich nur unter den Contrahenten wirkt), sondern zugleich als Folge einer wirklichen reellen Befriedigung anzusehen. Die comp. voluntaria tritt dadurch aus dem Kreise eines dem Schuldner verliehenen Rechtes, einer exceptio, heraus und nähert sich dem Begriffe einer die Foderung mit Nothwendigkeit aufhebenden Thatsache, der solutio. Daher dürfte der compensatio voluntaria selbst dann, wenn nicht nachgewiesen wer-

177) Eine andere Erklärung geben die Basiliken. Sie sagen nehmlich, die ursprüngliche Klage habe hier wiederhergestellt werden müssen, weil Compensation auf tributa verboten, mithin das pactum de compensando ungültig gewesen sei. Die Richtigkeit dieser Erklärung lassen wir dahingestellt. Für unseren Zweck giebt sie dasselbe Resultat.

178) L. 21. § 5. L. 23 de pactis.

den kann, daß dabei alle Bedingungen der comp. necessaria vorhanden waren, auch in Beziehung auf Dritte die volle Wirksamkeit der solutio nicht abzusprechen sein. Nur wenn und in so weit der comp. voluntaria eine reine Liberalität zum Grunde liegt, muß hiervon eine Ausnahme gemacht werden, denn dann ist sie nichts Andres, als eine in die Form der compensatio eingekleidete donatio, ein simulirtes Geschäft.

4) Compensatio fit ipso jure in materieller, engerer Bedeutung.

§. 30.

Die compensatio voluntaria steht also nach Justinianischem Rechte in ihren Wirkungen der solutio völlig gleich; sie ist eine die beiderseitigen Foderungen ipso jure im strengsten Sinne des Wortes aufhebende Thatsache. Könnte nun dieß nicht etwa dasjenige sein, was Justinian in der L. ult. pr. C. h. t. hätte sagen wollen? Möglich, aber nicht zu erweisen und nicht wahrscheinlich. Denn wo von der compensatio als einem besonderen Rechtsinstitute schlechthin die Rede ist, muß im Zweifel immer die compensatio necessaria verstanden werden. Auch kann das, was im §. 2. desselben Gesetzes gesagt ist, nehmlich, daß die comp. beim Depositum nicht gelte, nur von der comp. necessaria verstanden werden. Denn daß hier auch comp. voluntaria unzulässig sei, wird wohl Niemand behaupten.

Es bleibt also dabei, daß dieses Gesetz sich nur auf die processualischen Wirkungen der exceptio compensationis beziehe.

Allein sollte wohl Justinian durchaus in keiner Beziehung hier an ein ipso jure im materiellen Sinne, an eine gewisse Rechtsnothwendigkeit, gedacht haben? sollte er namentlich bei den Worten der Institutionen: ipso jure actionem minui, nur eine Verminderung der Verurtheilung, nicht zugleich eine partielle Aufhebung des Klagrechtes im Sinne gehabt haben? sollte nicht endlich schon dem Paulus bei seiner Aeußerung: sed ab initio minus ab eo petitur,

so etwas vorgeschwebt haben? Erweisen läßt sich dieß nicht, eben so wenig aber das Gegentheil. Sollen wir aber unsere Meinung darüber sagen, so glauben wir allerdings, daß Beiden der doctrinelle Unterschied zwischen den die Foderung ipso jure und per exceptionem aufhebenden Thatsachen vorgeschwebt habe, welcher darin besteht, daß das Klagrecht bei den ersteren seinem Grunde nach aufgehoben, bei den letzteren in seiner Wirkung gehemmt gedacht wird. Allein jeden praktischen Einfluß müssen wir dieser Idee, wenigstens nach heutigem Rechte, durchaus absprechen [179]. Fragt man uns aber, ob Paulus, wenn dieß wirklich, wenn auch nur nebenher, der Sinn seiner Worte gewesen, dieß so ganz ohne praktische Beziehung gesagt haben sollte, so antworten wir, daß für seine Zeit, und für seinen Standpunkt in dieser Zeit sich vielleicht auch eine praktische Bedeutung dieser Ansicht herausfinden läßt.

Daß nehmlich die modi tollendarum obligationum officio judicis (ipso jure) berücksichtigt wurden, die auf dem prätorischen Edicte beruhenden Aufhebungsgründe der Klagrechte aber nicht, hatte ursprünglich seinen ganz einfachen Grund darin, daß nur das Civilrecht für ein wahres Recht galt, der judex aber nächst der formula Praetoris nach dem Rechte sprechen mußte. Als nun aber auch das prätorische Edict zu einer materiellen Rechtsquelle geworden war, führte man jenen processualischen Unterschied zwischen modis toll. obl. und exceptionibus eben auf jene Theorie zurück, indem man sagte, durch das, was ipso jure wirke, werde das Klagrecht selbst vernichtet; der judex könne aber nicht condemniren, wenn dem Kläger ein Klagrecht nicht zustehe. Nun finden wir aber, daß Paulus, ein Feind alles bloß historischen Formenwesens, in mehreren Fällen behauptete, auch solche Einwendungen, die auf anerkannten Grundsätzen der aequitas beruhten, müßten officio judicis berücksichtigt wer-

179) Vgl. hier dasjenige, was oben §. 11. über den Gebrauch der Worte ipso jure im römischen Rechte bemerkt worden ist.

den, obwohl er mit dieser Behauptung nicht überall durchdrang 180). Wir dürfen daher wohl annehmen, daß Paulus in der L. 21. h. t. cit. neben demjenigen, was wir oben als den eigentlichen und Haupt-Inhalt derselben kennen gelernt haben, auch dieß ausdrücken wollte: es sei so anzusehen, als ob dem Kläger kein Klagrecht mehr zustehe, die exc. comp. daher officio judicis zu attendiren. Vielleicht bediente sich Paulus des zweideutigen Ausdruckes ipso jure geflissentlich, um mit dem Fehlschlusse: compensatio fit ipso jure (von selbst), ergo officio judicis, welcher so viele der neueren Juristen getäuscht hat, auch seine Zeitgenossen für seine Meinung zu gewinnen. Vielleicht leitete er daraus auch ab, daß, wer ungeachtet der eingetretenen compensatio noch klage, eine wahre pluspetitio begehe 181).

Im ersteren Sinne nun kann wohl auch Justinian an ein Erlöschen des Klagrechtes gedacht haben. Das praktische Resultat seiner Verordnung wird aber dadurch durchaus nicht verändert.

5) Von den verschiedenen Erklärungen des Satzes: comp. fit ipso jure.

§. 31.

Der Satz compensatio fit ipso jure hat den Bearbeitern unserer Lehre von jeher viel zu schaffen gemacht. Der Grund davon lag darin, daß man theils nicht daran dachte, daß dieser Satz an verschiedenen Orten eine verschiedene Bedeutung haben könne, theils aber auch den Worten ipso jure selbst eine ganz unrichtige Bedeutung unterlegte. Man ging nehmlich ganz richtig von der weiteren, in L. 10. pr. h. t. zu unverkennbar ausgesprochenen Bedeutung derselben aus,

---

180) M. s. z. B. L. 34. §. 1. de O. et A. 44, 7. L. 40. de R. C. 12, 1. L. 112. de R. J. L. 47. de negot. gestis und vgl. meine Diss. de cond. furtiva etc. cap. III. §. 5. u. 6.

181) Vgl. Pauli sent. rec. III, 5. §. 3., und was hierüber oben §. 18. Note 109. gesagt worden ist.

verstand nun aber, weil dem ipso jure so häufig das per exceptionem entgegengesetzt wird, unter dem factum hominis, welches durch ipso jure ausgeschlossen werde, durchaus nichts Andres, als die Vorschützung der exceptio compensationis, worin man durch die historische Nachricht im §. 30. I. de actt. bestärkt wurde. Weil man sich aber aus Unkenntniß des römischen Gerichtsverfahrens unter dieser exceptio nichts Andres dachte, als die einfache Berufung auf eine das Klagrecht unwirksam machende Thatsache, so kam man ganz natürlich auf den Schluß, daß die exceptio compensationis nicht vorgeschützt zu werden brauche, sondern vom judex ex officio attendirt werden müsse, und daß gerade dieß durch den Satz: comp. fit ipso jure, bezeichnet werde. Auch fand man diesen Schluß durch die mißverstandene Nachricht von Justinian, daß es in bonae fidei judiciis zum officio judicis gehört habe, die compensatio zu berücksichtigen, vollkommen bestätigt. Hieraus schloß man nun weiter, daß ein Urtheil, in welchem die exceptio compensationis, gleichviel, ob vorgeschützt, oder nicht, übergangen worden, nichtig sei, und daß man sich daher auch noch nach einem solchen der Rechtskraft unfähigen Urtheile auf die compensatio berufen könne [182]; und auch dafür mußten L. 23. §. 1. de cond. indebiti und L. 2. C. h. t. stringente Beweise liefern.

---

182) M. s. besonders Ud. Zasius ad §. 30. I. de actt. no. 3. et 6. In b. f. judiciis compensatio ipso jure admittebatur, id est, hoc ipso quod judex compererat, compensationi esse locum, tunc, sive reus allegasset exceptionem, sive non allegasset, minuebatur ipso jure, ipsa origine, ipsa vi, ipsa radice actio actoris in tantum, quantum compensari debuit, etsi judex reum condemnasset in totum — et processus erat nullus. Hoc est ipso jure aliquid fieri. Selbst Donellus a. a. O. p. 920. lin. 50. hat diese Ansicht, obwohl schon Tyndarus dagegen bemerkt, daß von Nichtigkeit des Processes nicht die Rede sein könne, weil es sich nur *de jure partis* handle; daß dieß auch gar nicht in dem ipso jure liege, und daher die res judicata ihre volle Kraft behalte. Tynd. l. c. art. 6. no. 55.

Einen consequenten Vertheidiger dieser Ansicht hat es indeß wohl niemals gegeben. Denn obgleich Martinus Gosia [183]) häufig als ein solcher genannt wird, so bemerkte doch schon Petrus de Bellapertica, daß wohl auch des Martinus Meinung eigentlich keine andere sei, als die unter den übrigen Glossatoren recipirte.

Diese zweifelten zwar keineswegs daran, daß unser Satz an sich das Alles zu bedeuten habe, allein um der gesunden Vernunft willen leugneten sie denselben selbst gegen die klaren Gesetze [184]), oder suchten sich wenigstens durch Distinctionen mit demselben auszusöhnen, indem sie lehrten, daß die compensatio 1) in gewissen Beziehungen, 2) in gewissen Fällen [185]) ipso jure eintrete.

Zu jenen Beziehungen rechnete man nach dem Vorgange des Azo, Accursius und Bartolus, wegen L. 4. C. h. t., allgemein, daß Compensation quoad inhibendum cursum usurarum ipso jure eintrete, wozu Andere noch quoad inhibendam poenam und quoad impediendam moram hinzufügten. Man sieht, daß die Glosse hier unversehens auf den rechten Weg gekommen war. Denn allerdings tritt compensatio ipso jure im weiteren Sinne nur in gewissen Beziehungen ein, nehmlich in Beziehung auf den dem Schuldner gegen unbillige Ansprüche zu gewährenden Schutz, worunter sich ungefähr die angegebenen einzelen Beziehungen subsumiren lassen.

---

183) gl. ad L. 4. C. h. t.

184) So sagt Azo in s. summa ad Cod. h. t. Ego puto, eam ipso jure tunc demum fieri, cum a partibus est opposita, *non autem ut dicit lex* inst. de actt. §. compensationes in fine.

185) So sagt auch noch Aug. Barbosa in Collect. ad Cod. h. t. ad L. 4. no. 12. Ita fit comp. ipso jure, ut tamen debeat opponi per hominem; alias enim non videtur inducta, *nisi in quibusdam casibus*, relatis per gloss.; et operatur effectum suum, quando opponitur, non ante.

Zu den privilegirten Fällen aber, in denen es keiner Anführung der exc. comp. bedürfe, rechnete man allgemein den eines gegenseitigen Delictes, weil hier wieder L. 10. pr. cit. zu deutlich sprach, als daß man sie nicht auch gegen die gesunde Vernunft hätte respectiren sollen.

Am ausführlichsten verbreitet sich über diese Ansicht Baldus nach dem Vorgange des Nicolaus de Mat.[186]), welcher dieselbe in ein ordentliches System gebracht hat. Nach ihm geschieht die Compensation auf dreierlei Weise: quandoque a jure, quandoque a judice, quandoque a parte. A jure erstlich in den oben genannten Beziehungen, dann bei gegenseitigen Delicten, und bei impensis dotalibus. Hier soll es weder der Anführung, noch des Beweises einer Gegenfoderung bedürfen; vielmehr müsse der Richter ex officio non facere eam, sed factam declarare. In diesen Fällen finde auch condictio indebiti statt, wenn ohne Rücksicht auf die compensatio gezahlt worden sei. A judice geschehe die compensatio in den judiciis divisoriis, in bonae fidei judiciis und bei den Accessionen (fructus et impensae) außer im Falle der dos. Hier brauche sich der Beklagte zwar nicht auf compensatio zu berufen, wohl aber müsse er dieselbe beweisen. In allen anderen Fällen müsse sie opposita, probata et a judice approbata sein. Daß diese Unterscheidungen ebenfalls auf einer richtigen Grundidee beruhen, geht aus dem oben §. 4. Gesagten hervor. Allein die Ausführung derselben beruht auf reiner Willkür, auch hat sie schon durch Tyndarus eine ausführliche Widerlegung gefunden.

Die Schriftsteller der mittleren Zeit haben sich meistens

---

186) Tyndarus citirt: Nico. de Math. Ohne Zweifel ist Nicolaus Matarellus oder Matharellus von Modena gemeint, indem entweder das de vor dem Zunamen willkürlich eingeschoben, oder Nic. de Mut. (Mutina) zu lesen ist. In seinen in einer vatikanischen Handschrift noch vorhanden sein sollenden tractatus varii kann leicht auch einer de compensatione enthalten sein. Vgl. Savigny Gesch. d. r. R. im MA. Bd. 5. S. 382—385.

auf eine genauere Erörterung unseres Satzes gar nicht eingelassen [187]), sondern sich begnügt, ihn als eine historische Thatsache anzuführen, ohne sich jedoch hinterher bei der Darstellung der praktischen Grundsätze viel darum zu kümmern. Manche erklären ihn geradezu für eine Antiquität und für leeren Schulkram. Keine der darüber aufgestellten Ansichten [188]) aber konnte ein entschiedenes Uebergewicht erhalten, theils, weil man immer nur eine Bedeutung der Worte ipso jure berücksichtigte [189]) und daher das historische Bedenken, welches aus einer Vergleichung der L ult. C. h. t. mit L. 21. D. h. t. sich ergiebt, nicht zu beseitigen vermochte, theils, weil man sich von der Idee einer Rechtsnothwendigkeit, die dadurch ausgedrückt werde, nicht trennen konnte [190]) und dadurch mit den einzelen Sätzen über die Wirksamkeit der compensatio, und mit den Anfoderungen der Praxis in Collision gerieth.

---

187) Eine ganz besondere Ansicht hat Mevius in s. Decisiones summi trib. reg. Wismariens. P. 4. dec. 141. Comp. fit ipso jure heiße nehmlich: die comp. erfolgt ohne Urtheilsspruch und wird daher zurückgezogen auf die Zeit der Vorschützung.

188) Es würde eine undankbare Mühe sein, alle diese verschiedenen Ansichten hier aufzuzählen. Fast alle kommen darauf hinaus, daß die comp. zwar ipso jure geschehe, man sich aber doch auf dieselbe berufen müsse, und bemühen sich nur auf verschiedene Weise, dieß mit einander zu vereinigen. M. s. vorzüglich Tyndarus a. a. O. art. 6. Borcholten a. a. O. cap. III. Zasius a. a. O. no. 6 sq. Maestertius a. a. O. qu. 28. Der einzige, der die processualische Bedeutung unseres Satzes, jedoch auch nur einseitig hervorgehoben hat, ist Averanius interpr. lib. 1. c 14.

189) Selbst Borcholten, der eine verschiedene Bedeutung von ipso jure ausdrücklich anerkennt und entwickelt, macht davon doch für die Erklärung unseres Satzes keinen Gebrauch.

190) Eine Andeutung dieser nothwendigen Unterscheidung findet sich schon in einer kurzen Note des Alexander ab Imola zu Baldus, wo es heißt: Licet compensatio (in his casibus) *fiat* ipso jure, tamen non credas, quod *tollat obligationem* ipso jure. Sie ist aber nirgends benutzt worden.

Erst der neuesten Zeit war es vorbehalten, durch richtige Scheidung der Begriffe den Knoten zu lösen. Dieses Verdienst gebührt Hasse und vorzüglich Bethmann-Hollweg, deren Ansichten daher auch unserer Darstellung zum Grunde gelegt werden mußten.

Schluß.

1) Resultate der bisherigen Untersuchung. — Vollständige Begriffsbestimmung der compensatio.

§. 32.

Fassen wir den Inhalt unserer bisherigen Untersuchungen noch einmal kurz zusammen, so ergeben sich folgende Resultate.

Wir sahen zuerst, daß die Compensation eine Fiction sei, vermöge deren angenommen wird, daß ein Gläubiger mit dem, was er seinem Schuldner selbst schuldet, bezahlt sei; daß diese Fiction aus Rücksichten der Billigkeit auch wider den Willen des Gläubigers angenommen wird; daß sie eintritt, sobald eine compensable Gegenfoderung existirt; daß sie jedoch ihrem speciellen Grunde und Zwecke gemäß nur in so weit eintritt, als es zum Schutze des Schuldners gegen die unbillige Einfoderung seiner Schuld nöthig ist. Es bleibt nur noch die Frage übrig, von welcher Beschaffenheit die Foderungen sein müssen, unter denen jene Fiction eintreten soll, und auf welche Weise dieselbe geltend zu machen sei. Das Erstere wird der Gegenstand des zweiten Buches, das Zweite der des dritten Buches dieser Abhandlung sein. Zur Bestimmung des Wesens der compensatio gehört die Beantwortung dieser Fragen nicht; die zweite nicht, weil sie nur das formelle Recht betrifft; die erste nicht, weil keines der besonderen materiellen Erfodernisse der compensatio im römischen Rechte als absolut nothwendig erscheint. Nur daß es dergleichen besondere Erfodernisse gebe, mußte dabei zur Sprache kommen und wird daher auch in der von der compensatio zu gebenden Definition angedeutet werden müssen.

Wohl aber gehörte zur Bestimmung des Wesens der compensatio die Beantwortung der Frage, in wie weit die Fiction der Zahlung wirklich eintrete, da sie eigentlich gleichbedeutend ist mit der Frage, was unter dieser Fiction zu verstehen sei. Gewöhnlich pflegt man diese Frage als eine Frage nach den **Wirkungen** der compensatio[191]) zu betrachten, und auch wir haben uns diesem Sprachgebrauche accommodirt, und glauben jedoch schon durch die darauf gegebene Antwort die Unrichtigkeit desselben dargethan zu haben. Denn durch den Ausspruch, daß die Compensation eine Fiction gegenseitiger Bezahlung sei, werden die Wirkungen derselben schon vollständig bezeichnet: was zur Erklärung dieses Ausspruches hinzuzufügen ist, kann höchstens als eine Beantwortung der Frage: welche Wirkungen die compensatio **nicht** habe, betrachtet werden. Es liegt aber auch in jenem Sprachgebrauche eine logische Inconsequenz, indem man, wenn man von den Wirkungen der compensatio spricht, unter der compensatio selbst dasjenige versteht, was man anderwärts als die Bedingung derselben bezeichnet, nehmlich die Existenz compensabler Gegenfoderungen[192]); und dann wieder, wenn man von Bedin-

---

191) Zu diesen **Wirkungen** der compensatio rechnet man aber freilich noch weit mehr. **Tyndarus** a. a. O. art. 10. hat 28 solcher Wirkungen herausgebracht, wohin aber freilich auch gehört, daß man dadurch seine Foderung im Wege der exceptio und replicatio erhalten könne, und die sehr problematische Wirkung der Abkürzung der Processe.

192) Das Wort compensatio kommt in diesem Sinne nur einmal vor, nehmlich in L. 4. C. h. t. In der Regel bezeichnet es den dadurch hervorgebrachten rechtlichen Erfolg selbst; so z. B. in den Redensarten: comp. *fit*, *facta est*, *fieri* potest in L. 9. L. 10. h. t. compensatione *solvitur* in L. 39. sol. matr. 24, 1. So auch *compensari* in L. 7. pr. L. 21. h. t. L. 57. §. 3. de contr. e. v. 18, 1. Damit verwandt ist die Bedeutung, wonach unter comp. das Princip der compensatio, der Satz, daß Gegenfoderungen einander aufheben, verstanden wird. Z. B. aequitas compensationis L. 18. h. t. L. 5. L. 6. C. h. t. comp. necessaria

gungen und Erfodernissen der compensatio handelt, compensatio das nennt, was man vorher als Wirkung derselben angesehen hat.

Es fragt sich nur noch, ob jene Beschränkungen der compensatio in den Begriff derselben aufzunehmen seien, da sie durch den Hinzutritt einer Erklärung der Parteien, oder eines pacti de compensando gehoben werden können. Diese Frage ist aber allerdings zu bejahen. Denn auch ohne jene Erklärungen u. s. w. tritt eine Fiction der Zahlung ein; diese aber ist es, was durch compensatio bezeichnet wird; und wenn wir wissen wollen, was compensatio sei, so wollen wir zunächst wissen, welchen Einfluß die Existenz einer Gegenfoderung überhaupt und an sich haben könne, woran sich erst nachher die Frage anschließt, welchen Einfluß sie durch den Hinzutritt noch anderer Thatsachen erlangen könne. Insofern nun auch dieser erweiterte Einfluß unter den Begriff einer fingirten Zahlung fällt, gehören die comp. expressa und voluntaria zu den Compensationen im weiteren Sinne; im engeren Sinne aber ist darunter die compensatio tacita zu verstehen, nehmlich

die gesetzliche Fiction, vermöge deren ein Gläubiger mit demjenigen, was er gleichzeitig seinem Schuldner schuldet, unter gewissen Voraussetzungen in so weit, als dieß zum Schutze des Schuldners gegen das unbillige Verlangen der Zahlung nothwendig und nützlich ist, ohne Weiteres für bezahlt erachtet wird.

Die exceptio compensationis, von den Römern ebenfalls compensatio genannt 193), ist hiernach:

---

est. L. 3. h. t. comp. inducitur in str. jur. actt. in §. 30. I. de actt.

193) Z. B. in den Redensarten: comp. *objicere* in str. jur. jud. L. 10. §. 3. L. 23. h. t. L. 7. L. 8. C. h. t. — *opponere* L. 10. §. 2. L. ult. C. h. t. L. 46. §. 4. de jure fisci. 49, 14. — *implorare* L. 2. C. h. t. — *habere* L. 17. h. t. — *dare* L. 19. h. t. L. ult. C. h. t. So auch *compensare* für: sich auf die compens.

das Recht des Schuldners, zu seiner Verthei- digung gegen das Verlangen der Bezahlung zu behaupten, daß der Gläubiger mit dem- jenigen, was er dem Ersteren selbst schuldet, bereits bezahlt sei.

Dieses sind nun die eigentlichen technischen Bedeutungen des Wortes compensatio. Daneben hat es aber auch noch mehre uneigentliche Bedeutungen. Eine solche ist es, wenn damit die Erklärung, compensiren zu wollen, oder der Abschluß eines pacti de compensandi bezeichnet wird [194]. Eine solche ist es ferner, wenn compensatio für datio in solutum ge- braucht wird [195], oder wenn wir von Compensation des er- littenen Schadens mit dem gezogenen Nutzen, oder von Com- pensation der Proceßkosten sprechen. Daß compensatio auch zuweilen die retentio bezeichne, dürfte sich schwerlich erweisen lassen, denn in allen Stellen, wo man es dafür nehmen kann, kann es wenigstens auch die eigentliche compensatio bedeu- ten, jenachdem man einen Anspruch auf certa corpora oder auf Geld voraussetzt [196]. Allerdings aber scheint in solchen Fällen unter compensatio die retentio mit verstanden zu

---

gerichtlich oder außergerichtlich berufen, z. B. compensare in rem jud. L. 23. §. 1. de cond. indeb. 12, 6. comp. *velle* in L. 16. h. t. L. 26. de probatt. 22, 3. — comp. *posse* in L. 7. §. 1. L. 10. §. 1. h. t.; zuweilen aber auch in der Bedeutung, sich diese Berufung gefallen lassen in L. 18. pr. §. 1. h. t.

194) Z. B. compensationem habere in L. 52. §. 1. de pactis L. 12. C. h. t. compensare in L. 4. qui pot. in pign. L. 18. §. 1. h. t. L. 10. pr. h. t. vgl. §. 24.

195) L. 1. §. 3. de pignoribus 20, 1. L. 18. pr. L. 39. de pi- gnorat. act. 13. 7. L. 6. C. de rei vind. 3, 32. L. 6. C. de hered. inst. 6, 24.

196) L. 66. de solutt. 46, 3. L. 18. §. 4. commodati 13, 5. L. 1. §. 4. de contr. tut. act. 27, 4. L. 48. de R. V. 6, 1. L. 1. C. rer. amotar. 5, 21. L. 5. de imp. in res dot. 25, 1. Man hat hierauf sogar eine Eintheilung der compensatio, in perpetua und temporaria (d. i. retentio) gebaut.

werden, was um so leichter geschehen konnte, da die Bedingungen Beider im älteren Rechte dieselben waren, und Beide durch exceptio doli geltend gemacht wurden.

Statt compensatio werden übrigens auch zuweilen die Ausdrücke reputatio und imputatio gebraucht [197]. Detrahere, deducere, deductio, deminutio bezeichnen eine compensatio, durch welche nur ein Theil der Gegenfoderung aufgehoben wird, und werden daher wohl auch zuweilen der compensatio entgegengesetzt [198]. Daß die deductio des bonorum emtor auch in ihren Bedingungen von der compensatio verschieden war, und ähnliche deductiones auch sonst vorkommen, berechtigt uns aber noch nicht, deductio für einen eigenthümlichen Rechtsbegriff zu halten, und daher überall, wo von einer deductio die Rede ist, an die deductio des bonorum emtor zu denken, oder doch die von der deductio des bonorum emtor geltenden besondern Grundsätze anzuwenden [199].

2) Von der Stellung der Lehre von der compensatio im römischen Rechtssysteme.

§. 33.

Die Stellung der Lehre von der compensatio im Rechtssysteme scheint schon den römischen Juristen einige Schwierigkeit gemacht zu haben. In das System des alten Civilrechtes paßte sie auf keine Weise, mithin auch nicht in das darauf

---

197) L. 1. §. 4. de contr. tut. a. cit. L. 11. C. h. t. Indeß haben beide Worte auch eine andere Bedeutung, da sie nicht nothwendig Gegenfoderungen voraussetzen. Vgl. Cujac. obs. lib. VII. cap. 3.

198) Z. B. in Pauli sent. rec. II, 5, 3. verbis: compensare vel deducere debes. L. 15. ratam rem haberi 46, 8.. v. qui compensatione deductioneve usus est. Cfr. L. 15. de imp. in rer. dot. 25, 1. L. 31. §. 1. de hered. pet. L. 20. pr. de statu liberis 40, 7. L. 8. pr. de peculio 15, 1.

199) Letzteres scheint Hasse a. a. O. S. 179. 181. zu wollen.

gegründete System des Servius Sulpicius, welches die Institutionen befolgen. Eben so wenig aber paßte sie in das prätorische Edict. Denn der Begriff der compensatio war weder vom jus civile noch vom jus honorarium ausgegangen. Er hatte sich durch die Jurisprudenz in die Wissenschaft, und so auch in die Praxis unter fremdem Namen, nehmlich unter dem der doli exceptio, eingeschlichen. Dessenungeachtet aber würde es unpassend gewesen sein, sie bei der exceptio doli mit abzuhandeln, denn dann hätten eben so gut alle anderen exceptiones facti mit unter diese Rubrik gezogen werden müssen. Zu den modis tollendi obligationem endlich, wo wir sie nach unseren neueren Lehrbüchern suchen sollten, konnte sie nicht gestellt werden, weil sie nie ein modus tollendi obligationem war. Es blieb also nichts übrig, als ihrer gelegentlich zu erwähnen. Dabei hatte man aber unter verschiedenen Gelegenheiten die Wahl.

Gajus behandelt die compensatio, dem älteren Rechte gemäß, als eine Eigenthümlichkeit der bonae fidei judicia, mithin bei Gelegenheit derselben, und Justinian ist in den Institutionen hierin ganz seiner Quelle gefolgt.

Paulus hat in seinen sent. receptae, so viel wir aus den wenigen uns übrig gebliebenen Fragmenten sehen können, von der compensatio hauptsächlich bei Gelegenheit des Pfandrechtes gesprochen. Wie er darauf gekommen sei, erklärt L. 96. §. 3. L. 101. de solutt., nehmlich durch die Betrachtung, daß der Erlös des Pfandes mittels der compensatio auch für andere Foderungen, als die Pfandschuld, Sicherheit gewähre.

In den späteren, nach der Ordnung des Edictes abgefaßten Schriften, namentlich im Codex und den Pandekten, erscheint aber die compensatio an einer anderen Stelle. Wir dürfen hieraus, da auch die sententiae receptae des Paulus im Wesentlichen die Ordnung des prätorischen Edictes befolgen, den Schluß ziehen, daß in dem prätorischen Edicte selbst von der compensatio gar nicht unter einer besonderen Rubrik gehandelt wurde.

Die Stelle, die ihr Justinian in Pandekten und Codex angewiesen hat, ist nun unter den besonderen, lediglich zum Schutze des Beklagten durch das positive Recht eingeführten, reinen Einreden, der exceptio Scti Macedoniani, der exc. Scti Vellejani, der exc. non numeratae pecuniae [200]), ein wohl nicht ganz verächtliches Argument dafür, daß die compensatio selbst, auch nach Justinian's Ansicht, ein solches reines Einrederecht sei.

Die angemessenste Stelle für die compensatio im römischen Rechte hat wohl der systematische Geist des Donellus getroffen, indem er der Lehre von der solutio einen Anhang mit der Rubrik: De iis factis, quae cum solutiones non sint, habentur tamen (per exceptionem) pro solutione, beifügt und unter dieser Rubrik 1) die oblatio (et obsignatio vel amissio [201])) debiti, und 2) die compensatio abhandelt; in welcher Anordnung ihm auch andre Systematiker, z. B. Vinnius [202]), gefolgt sind.

---

200) Ueber den Zusammenhang dieser Titel mit den vorhergehenden und nachfolgenden vgl. Anton Perez Praelectt. in XII. libb. Cod. Amstel. 1671. h. t.

201) Auch diese befreit ipso jure im weiteren Sinne, aber per exceptionem, wie die compensatio. L. 72. de solutt. cit. 46, 3.

202) In Jurisprudentia contracta s. partitionum juris lib. 4. c. 70.

Zweites Buch.

Von den (materiellen) Bedingungen der compensatio.

Einleitung.

§. 34.

Die Compensation, als die Aufhebung zweier Foderungen durch einander, setzt vor Allem die Existenz zweier Foderungen voraus. Ohne diese Voraussetzung würde nicht einmal eine compensatio voluntaria denkbar sein. Allein ebendeshalb, weil schon der Begriff der compensatio diese Voraussetzung enthält, kommt dieselbe nicht als eine juristische Bedingung der Compensation (mit anderen Worten: als eine Bedingung des Erfolges, daß zwei Foderungen durch einander für aufgehoben gelten), sondern als das gegebene Fundament der ganzen Lehre in Betracht.

Die Einwirkung dieser beiden Foderungen auf einander ist wechselseitig; jede derselben läßt sich daher als die aufhebende, aber auch als die aufgehobene betrachten. Allein da im Leben die compensatio immer nur dann zur Sprache kommt, wenn von einer Seite die Bezahlung einer Foderung verlangt, daher deren fortdauernde Wirksamkeit behauptet, und dagegen von der andern Seite zum Schutze des Schuldners die fortdauernde Wirksamkeit gerade dieser Foderung unter Berufung auf eine Gegenfoderung bestritten wird, wobei die Frage, in wiefern auch diese Gegenfoderung als aufgehoben zu betrachten sei, in suspenso bleibt: so erscheint in praxi immer die eine Foderung bestimmt als die aufgehobene, oder

Da nun in der Regel nur gegenwärtige, unbedingte und fällige Foderungen bezahlt werden müssen, so ergiebt sich, daß man in der Regel auch nur mit gegenwärtigen, unbedingten und fälligen Foderungen compensiren kann.

Gewöhnlich führt man diesen Satz darauf zurück, daß Foderungen, zwischen denen Compensation stattfinden solle, einander gleich sein müssen[203]. Da nun die Foderung, worauf compensirt wird, stets gegenwärtig, unbedingt und fällig sei, weil sonst deren Bezahlung nicht gefodert werden, mithin der Schuldner nicht in den Fall kommen könnte, von der exc. compens. Gebrauch zu machen, so müsse ein Gleiches auch von der Foderung, womit, gelten. Hieraus folgert man dann weiter, daß gleich bedingte oder betagte Gegenfoderungen allerdings mit einander compensabel seien[204]. Versteht man unter gleich bedingten Foderungen solche, deren Existenz an ein und dasselbe Factum geknüpft ist, und unter gleich betagten solche, die an einem und demselben Tage fällig werden, so kann man allerdings sagen, daß dergleichen Gegenfoderungen einander aufheben. Allein dieß hat seinen Grund darin, daß die Bezahlung keiner derselben eher gefodert werden kann, als bis auch die andere exigibel geworden ist. Es wird daher aber auch die Compensation erst in diesem Momente, also dann erst eintreten, wenn beide Foderungen bereits unbedingte und unbetagte geworden sind.

Ueberhaupt aber ist das Princip falsch, daß die Compensation Gleichheit der Foderungen voraussetze. Eine solche Gleichheit ist unmöglich; ist aber auch nach dem Wesen der compensatio nicht erfoderlich, weil nicht die Gegenfoderungen selbst und an sich einander aufheben, sondern nur die Gleichheit ihrer Objecte bewirkt, daß keiner der beiden Gläubiger an der baaren Bezahlung seiner Foderung ein Interesse

203) Z. B. Mästertius a. a. O. in der Ueberschrift der qu. 16: **An debitum ex una parte purum, ex altera in diem vel sub conditione, compensari possit?**

204) Thibaut Syst. d. Pand. Rechts §. 998.

hat, und deshalb beide als durch einander aufgehoben betrachtet werden [205].

Die bloße Verschiedenheit in der Modalität der beiderseitigen Foderungen hindert daher die Compensation an sich durchaus nicht. So kann eine durch Pfänder, Bürgen und Conventionalstrafe gesicherte Foderung mit einer einfachen, eine verzinsliche mit einer unverzinslichen sehr wohl compensirt werden [206]; ja selbst eine bedingte mit einer unbedingten, wenn die Bedingung von der Art ist, daß dadurch die Exigibilität derselben nicht gehindert wird [207].

Das Princip, daß die Foderung, womit man compensiren will, exigibel sein müsse, bedarf jedoch noch einer näheren Erörterung; ja es leidet sogar im römischen Rechte einige Beschränkungen.

B. Besondere Grundsätze.

1) Von der Compensation mit zukünftigen Foderungen.

§. 36.

Das römische Recht gestattet dem Beklagten sogar eine Berufung auf künftige Foderungen, zwar nicht, um damit wirklich zu compensiren und so eine noch nicht exigible Zahlung zu erzwingen, wohl aber, um sie auf solche Weise geltend zu machen, wie überhaupt eine noch nicht exigible Foderung auch klagend geltend gemacht werden kann [208], nehmlich, um von dem Kläger eine Sicherheit wegen seiner zukünftigen Befriedigung zu erlangen [209].

---

205) Vgl. oben §. 4. 5. 6. S. 12. 14. 17.

206) S. oben §. 25. not. 146. 150. 153.

207) S. unten §. 37. not. 219.

208) L. 41. de judiciis, 5, 1.

209) L. 38. pro socio. 17, 1. Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus de futuro damno vel lucro pendente ex societate, quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit. Vgl. L. 3. de tut. et rat. distr. not. 211. cit.

Unter einer zukünftigen Foderung wird jedoch hier eine solche verstanden, die in sofern schon begründet ist, als ein factum, aus welchem entweder nach dem Willen der Parteien Verbindlichkeiten entstehen sollten, oder nach dem Gesetze dergleichen abgeleitet werden, bereits geschehen ist [210], mithin nur noch der Erfolg dieses facti, und mit diesem die Größe der daraus entspringenden Verbindlichkeit ungewiß erscheint [211]. Die Beschränkung dieser Disposition auf bonae fidei negotia dürfte für das heutige Recht unpraktisch sein, da wir alle Geschäfte in der Regel als b. f. negotia behandeln.

Von welcher Art die Sicherheit sein müsse, die der Kläger zu leisten habe, wird das arbitrium judicis nach den factischen Verhältnissen jedes einzelen Falles bestimmen [212]. In der Regel wird sich der Beklagte mit einer cautio promis-

---

210) Dieß zeigen die Worte lucro *pendente*, worunter nichts Andres verstanden werden kann, als der aus einem bereits abgeschlossenen Geschäfte zu erwartende Gewinn. Nach diesen Worten sind auch die Worte futuro damno zu erklären, als ein Schade, der aus einer bereits begangenen Nachlässigkeit oder Arglist zu befürchten ist.

211) Zwar ist es möglich, daß zufällig ein eingegangenes Geschäft weder Vortheil noch Nachtheil bringe, eine Nachlässigkeit unschädlich bleibe, allein nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ist dieß nicht wahrscheinlich. Diese Möglichkeit wird daher auch nicht berücksichtigt, mithin als gewiß angenommen, daß lucrum oder damnum entstehen werde. Nur das „wie viel" wird als incertum angesehen. Dieß deutet L. 3. de tut. et rat. distr. 27, 3. an: Si tutelae vel negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, *quantum* ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit. Hasse a. a. O. S. 174. denkt bei dem incertum an Mangel des Beweises, an Illiquidität. Allein diese könnte sich wohl nicht nur auf das „quantum" beziehen, da der tutor Rechnung abzulegen verbunden ist. Wollte man aber an theilweise Illiquidität denken, so müßte wenigstens so viel, als liquid wäre, sofort compensirt werden.

212) L. 3. de tut. cit. verbis: *arbitratu judicis* cavendum est rel.

soria, einem Angelöbnisse begnügen müssen[213]). Innebehaltung des wahrscheinlichen Betrages dürfte nur unter ganz besonderen Verhältnissen [214]), und nicht ohne vollständige Sicherstellung des Klägers, auch wegen des interesse morae, zu rechtfertigen sein.

2) Compensation mit bedingten Foderungen.

§. 37.

Wer sich unter einer Bedingung verbindlich gemacht hat, dessen Schuld würde exigibel sein, wenn die Erfüllung der Bedingung gewiß wäre. Da diese aber pendente conditione schlechthin ungewiß ist, so wird die bedingte Foderung in der Regel als gar nicht existirend angesehen [215]) und kommt daher weder als obligatio naturalis [216]) noch als obligatio

---

213) L. 42. de donatt. m. c. 39, 6. L. 1. §. 8. de praetor. stipulatt. 46, 5. L. 3. C. de V. S. 6, 38.

214) Z. B. wenn sich der Austritt des Klägers aus der Societät als intempestivus betrachten läßt, oder der Gegenanspruch auf einem erwiesenen dolus beruht.

215) Nur in Beziehung auf Transmission wird sie, jedoch auch nicht ohne Ausnahme, als existirend betrachtet. L. 42. pr. de O. et A. 44, 7.

216) Die conditio unterscheidet sich dadurch vom dies incertus. L. 16. L. 17. de cond. indeb. 12, 6. L. 18. eod., welche zu widersprechen scheint, handelt offenbar von einem dies incertus. Freilich ist es oft schwer zu unterscheiden, ob eine reine Bedingung oder ein dies incertus vorliege, zumal im Deutschen, wo beide durch wenn bezeichnet werden. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn das Wort conditio zuweilen gebraucht wird, wo vom dies incertus die Rede ist. In der Regel werden die Umstände den Ausschlag geben, jenachdem aus ihnen hervorgeht, ob man sich den Eintritt der bedingten Thatsache als völlig ungewiß, aber als sofort möglich, oder ob man sich ihn als gewiß oder höchst wahrscheinlich, aber bestimmt als in der Zukunft liegend gedacht hat. Wenn z. B. ein Vater zu seiner erwachsenen Tochter, die mehre Heirathsanträge abgelehnt hat, sagte: Wenn du

futura in Betracht. Namentlich kann der Inhaber einer solchen nicht auf Caution wegen seiner künftigen Befriedigung klagen [217]), mithin auch nicht excipiendo oder compensando eine solche verlangen [218]). Nur wenn die Bedingung eine solche ist, vor deren Erfüllung ausnahmsweise gegen Caution auch Zahlung gefodert werden kann [219]), dürfte dem Inhaber einer durch eine solche bedingten Foderung auch die Compensation mit derselben nicht zu versagen sein.

Geht aber die Bedingung in Erfüllung, so wird es so angesehen, als ob die Foderung gleich anfangs eine unbedingte gewesen wäre (conditio existens retrotrahitur ad initium negotii) [220]). Hat sich daher der Schuldner auf eine bedingte

---

dich verheirathest, gebe ich dir 100000 Thlr., so wird darin Jedermann eine Bedingung erkennen, während, wenn er dasselbe zu einem siebenjährigen Mädchen sagte, Niemand zweifeln würde, einen dies incertus anzunehmen.

217) Das Gegentheil behaupten Mühlenbruch doctr. pand. 1. §. 108. II. §. 339. und Schweppe, röm. Priv. Recht, 1, 187. No. 1. 6. vornehmlich wegen L. 13. §. 5. de pignoribus 20, 1. Allein da heißt es eben ausdrücklich: Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, *ante conditionem non recte agi, cum interim nihil debeatur;* und wenn weiter gesagt wird: wenn die Foderung unbedingt sei, die Hypothek aber bedingt, so könne ad interponendam cautionem geklagt werden, so folgt hieraus per argumentum a contrario um so mehr, daß bei bedingten Foderungen auch nicht einmal ad interponendam cautionem geklagt werden könne. Daß die bedingte Hypothek einer solchen Klage nicht im Wege steht, ist sehr natürlich, weil eben eine bedingte Hypothek keine vollständige Sicherheit gewährt.

218) L. 1. de exceptt. 44, 1. L. 15. ratam rem haberi 46, 8. v: Nam et si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus est, recte dictum est, petiisse eum videri.

219) L. 7. pr. L. 18. L. 73. de conditt. et demonstratt. 35, 1. L. 4. §. 1. de cond. instit. 38, 7. Vgl. unten §. 69. I. A. 3.

220) L. 8. pr. de peric. et comm. rei vend. 18, 6. L. 9. §. 1.

Gegenfoderung compensando berufen, so kann er sich zwar vor der Hand nicht der Zahlung entbrechen, wird aber nach erfüllter Bedingung das Gezahlte, gleich als ob die Compensation schon zu der Zeit eingetreten wäre, wo die bedingte, nun unbedingte Foderung entstand, condictione sine causa [221]) zurückfodern können.

Ist endlich die Bedingung ausdrücklich nur zu Gunsten des Gläubigers beigefügt, so hängt es von ihm ab, durch Verzicht auf die Bedingung seine Foderung zu einer unbedingten, mithin compensablen zu machen [222]). Nur wird hier die Compensation nicht ipso jure eintreten können, da sie die Erklärung des Gläubigers, von der Bedingung abstrahiren zu wollen, voraussetzt. Der Einfluß der Compensation auf Zinsen, Bürgen, Pfänder u. s. w. wird daher erst von dem Zeitpunkte an, wo diese Erklärung erfolgte, zu datiren sein, und der Beklagte wird, wenn er diese Erklärung erst im Laufe des Processes ge-

---

L. 11. §. 1. qui potiores 20, 4. L. 16. de solutt. 46, 3. Dieser Satz ist keineswegs, wie Dabelow in s. ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, neue Bearbeitung, Halle, 1801. S. 686. Not. 10., behauptet, eine Singularität, sondern dem Wesen einer reinen Bedingung, im Gegensatze des dies incertus, völlig angemessen. Wer etwas unter einer Bedingung verspricht, will sofort zahlen, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, oder sich erweist, daß sie schon erfüllt war, er wünscht sogar in der Regel deren sofortige Erfüllung; seine Schuld ist nur deshalb nicht exigibel, weil es absolut ungewiß ist, ob die Bedingung in Erfüllung gehe; geht sie daher in Erfüllung, so zeigt es sich nunmehr, daß seine Schuld gleich anfangs exigibel war; nur eine mora kann ihm natürlich nicht vorgeworfen werden. Wer sub die incerto verspricht, hält es subjectiv für gewiß, daß er zahlen müsse, will aber ungeachtet dieser Gewißheit nicht eher zahlen, als bis das fragliche factum eingetreten ist. Nur rein potestative Bedingungen machen von obiger Regel eine Ausnahme. L. 9. §. 1. qui potiores cit.

221) S. oben §. 25. und unten §. 97. und 98.

222) Mästertius a. a. O. qu. 16. §. 3. Thibaut a. a. O. §. 998.

than hat, dem Kläger die bis dahin erwachsenen Kosten erstatten müssen 223).

Resolutivbedingungen und Zeitbestimmungen hindern so wenig die Compensation als das Verlangen der Zahlung.

3) Compensation mit betagten Foderungen (deb. ex die).

§. 38.

Betagte Foderungen existiren zwar schon vor dem Eintritte des Zahlungstages, allein sie sind ungeachtet dieser Existenz nicht exigibel, daher auch nicht compensabel 224). Eine Ausnahme hiervon galt nur im älteren römischen Rechte zum Nachtheile des bonorum emtor 225). Da es indeß theils objectiv (beim dies certus) theils subjectiv (beim dies incertus) gewiß ist, daß die betagte Foderung dereinst exigibel werden werde, so kommt sie wenigstens als obligatio futura in Betracht, und es kann daher sowohl agendo als compensando Sicherheit wegen ihrer dereinstigen Bezahlung gefodert werden 226). Von Zeitbestimmungen, die nur zu Gunsten des Gläubigers beigefügt sind, gilt dasselbe wie von dergleichen Bedingungen 227).

Von einem Zurückrechnen des dies existens, mithin auch

---

223) S. oben §. 25. am Ende.

224) L. 7. pr. h. t. Quod in diem debetur, *non compensabitur*, antequam dies venit, *quamquam dari oporteat*.

225) Gajus l. c. §. 67.

226) L. 41. de judiciis 5, 1. L. 38. pro socio cit. Vgl. Schweppe a. a. O. Doch wird dieß bei solchen Foderungen, wo der dies auf einem Versprechen beruht, niemals zur Anwendung kommen können, weil hier dem Gläubiger entgegensteht, daß er sich, indem er ein solches Versprechen annahm, mit der in demselben liegenden Sicherheit begnügt hat. Ihre hauptsächliche Anwendung finden daher diese Gesetze bei Legaten und bei gesetzlichen oder richterlichen Zahlungsfristen.

227) S. d. vor. §.

der in Folge dessen eingetretenen compensatio kann aber niemals die Rede sein. Dieß gilt nicht nur vom dies certus, sondern auch vom dies incertus, obwohl dieser in anderen Beziehungen der conditio gleichgeachtet wird. Denn auch der Eintritt des dies incertus wird subjectiv für gewiß, daher die Foderung selbst als existirend betrachtet, ungeachtet dieser Gewißheit aber (nicht bloß, wie bei der reinen Bedingung, wegen der objectiven Ungewißheit) soll die Zahlung erst nach dessen Eintritte geleistet werden, die Schuld erst dann exigibel sein.

4) Compensation mit gestundeten Foderungen.

§. 39.

Die Gestattung einer Zahlungsfrist aus bloßer Nachsicht macht aber eine Schuld nicht zur betagten [228]. Daher kann nicht nur innerhalb der gesetzlichen [229]) oder durch den Richter einem ausgeklagten Schuldner gesetzten Zahlungsfristen dessen Schuld vom Gläubiger zur Compensation gebraucht werden, sondern ein Gleiches gilt auch von einem durch den Regenten ertheilten Moratorium (wo dergleichen noch vorkommen kann). Denn auch dieses kann vernünftiger Weise nur zur Absicht haben: „humanitatis gratia tempus indulgere solutioni“ [230]). Auch reine Nachsichtsverträge mit dem Gläubi-

---

228) L. 16. §. 1. h. t. Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittitur: *aliud enim est, diem obligationis non venisse*, *aliud*, *humanitatis gratia tempus indulgere solutioni*.

229) Dieß gilt jedoch nicht von den im Anhange der kursächs. Erl. Proceßo. von 1724. §. 6. bestimmten Zahlungsfristen, durch welche nach einer gesetzlichen Interpretationsregel die Schuld für eine gleich anfangs betagte erklärt wird.

230) A. M. ist Thibaut a. a. O. §. 998. not. r. Vgl. jedoch Neustedtel in dessen und Zimmern's röm. rechtl. Untersuchungen, Bd. 1. No. 12.

ger selbst können hiernach die Compensation nicht ausschließen [231]. Nur wird hier der Beweis schwer fallen, daß der Fristgestattung eine reine Nachsicht zum Grunde liege, dafern nicht der Gläubiger dieß ausdrücklich erklärt, und der Schuldner die Frist als eine bloße Nachsicht angenommen hat. Sicherer ist es daher jedenfalls, sich entweder das Compensationsrecht insonderheit, oder alle seine Rechte dabei vorzubehalten — die Nachsicht salvo jure zu ertheilen.

5) Compensation mit domiciliirten Foderungen.

§. 40.

Was man an einem bestimmten Orte zu fodern hat, kann unter Vergütung des Interesse, welches der Schuldner hat, an dem verabredeten Orte zu zahlen, überall zur Compensation gebracht werden [232], weil es unter derselben Bedingung auch überall klagend gefodert werden kann. Doch dürfte auch hier die compensatio, aus gleichen Gründen wie bei der conditio creditoris gratia addita, nicht ipso jure eintreten [233]. Dagegen kann derjenige, welcher mit einer solchen Foderung compensiren will, das Interesse, welches er selbst hat, die Zahlung an dem bestimmten Orte zu erhalten, nicht in Abrechnung brin-

---

231) Das preuß. Landrecht Th. II. Tit. 16. §. 356—358 macht, indem es diesen Grundsatz anerkennt, davon die in legislativer Hinsicht zu empfehlende, aber im gemeinen Rechte nicht begründete Ausnahme, daß die Schuld, worauf man compensiren will, keine erst nach der Gestundung freiwillig von einem Andern übernommene sein dürfe. Den Grundsatz selbst bestätigt auch der Code civil Liv. III. Tit. III. Sect. 4. §. 1292.

232) L. 15. h. t. Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me, quam ei debeo pecuniam: Quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondit: Si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuit, eo loco, quo convenit, pecuniam dari.

233) S. oben §. 37.

gen, weil er durch Berufung auf compensatio freiwillig auf die Beobachtung des Zahlungsortes verzichtet. Ein Anderes ist es, wenn der Schuldner sich in mora befindet. Denn da alsdann der Gläubiger Capital und interesse morae überall zu fodern berechtigt ist, wo er überhaupt vom Schuldner Zahlung fodern könnte, wenn die Schuld nicht domiciliirt wäre, so kann er damit auch überall compensiren, und zwar erfolgt dann die Compensation ipso jure.

6) Compensation mit klaglosen Foderungen.

§. 41.

Rechtlich unwirksame Foderungen sind jedenfalls nicht exigibel und können daher auch nicht zur Compensation gebraucht werden, wobei es keinen Unterschied macht, ob eine Foderung ipso jure oder per exceptionem unwirksam sei [234]). Daß aber die Foderung, womit man compensiren will, die volle Wirksamkeit einer obligatio civilis habe, insonderheit, daß sie ein Klagrecht gebe, ist gerade nicht nothwendig, denn: etiam quod natura debetur, venit in compensationem [235]). Es würde jedoch ein gewaltiger Sprung sein, aus diesem Satze zu schließen, daß nun auch jede obligatio naturalis, d. h. jede an sich unwirksame Foderung, die, wenn aus Irrthum bezahlt, keine condictio indebiti zuläßt [236]), compensando geltend gemacht werden könne [237]).

---

234) L. 14. h. t. Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. Die älteren Schriftsteller nannten dieß obligationes mere civiles, eine Benennung, welche dem römischen Rechte fremd ist.

235) L. 6. h. t.

236) Dieses, und nur dieses, ist das charakteristische Merkmal der obligationes naturales. L. 10. de O. et A.

237) Ganz allgemein machen diesen Schluß Vorcholten a. a. O. cap. 1. §. 27. sqq. Vinnius sel. jur. quaest. lib. 1. c. 49.

Daß jene Regel diesen Sinn nicht haben könne, beweist schon L. 7. pr. h. t. in Verbindung mit L. 10. de cond. indeb. (12, 6), denn: quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat — und in diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. Eben so unbestritten ist es, daß man bloße Liebespflichten nicht compensando erzwingen kann, sollten sie auch zu denjenigen Liebespflichten gehören, deren selbst irrthümliche Erfüllung nicht durch condictio indebiti widerrufen werden kann[238].

Die meiste Schwierigkeit machen diejenigen obligationes naturales, welche übrig bleiben, wenn eine der drei Einreden: praescriptio longi (vel longissimi) temporis[239], exceptio

---

Voet Comm. ad Digesta h. t. (ed. II. Hagae-Comitum 1707. fol. T. I. p. 728 b.) §. 13. Thibaut a. a. O. §. 996. beschränkt Bellojus a. a. O. S. 733. col. 2. Dagegen leugnen die Compensabilität eines deb. naturale, indem sie L. 6. cit. auf die comp. voluntaria beziehen: Mästertius a. a. O. qu. 13., Anton Perez in s. Praelectt. in 12. libb. cod. h. t. no. 8., welcher Letztere jedoch, inconsequent genug, Compensation mit einer ex pacto nudo entspringenden Foderung zuläßt, ebendas. no. 9. Bei den älteren Schriftstellern und den Glossatoren finden sich hier die gewöhnlichen Unterscheidungen zwischen obligatio mere civilis, mere naturalis und mixta angewendet. Sie begnügen sich jedoch, von einzelen obligationes naturales nachzuweisen, daß compensatio mit denselben nicht stattfinde. Eine allgemeine Regel stellen sie nicht auf. Vgl. Tyndarus a. a. O. art. 4. no. 21—27.

238) Huber digressiones Justinianeae lib. IV. c. 34. Schulting de obl. nat. c. 12. Weber v. Klagen und Einreden S. 53. Hierher gehören die in L. 26. pr. und §. 12. L. 32. §. 2. de cond. indeb. 12, 6. L. 25. §. 11. de hered. pet. 5, 3. angeführten Beispiele.

239) S. Recens. über Reinhardt's Usucapio und Praescriptio in d. Leipz. Litt. Zeit. 1833. No. 53. S. 419.

rei judicatae [240]), exc. Scti Macedoniani [241]), der Klagbarkeit entgegensteht [242]). Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen über die Compensabilität oder Nichtcompensabilität solcher Foderungen giebt es nicht; denn L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12, 6) und L. 2. C. h. t. sind sehr mit Unrecht dafür angesehen worden, da sie von der Compensation einer auf res judicata gegründeten, mithin einer civilis obligatio handeln.

Bei den Römern scheint es, wenigstens in älterer Zeit, so lange die Bedingungen der compensatio noch bloß von dem arbitrio judicis abhingen, diesem überlassen gewesen zu sein, für jeden concreten Fall zu entscheiden, ob Compensation solcher Foderungen billig sei, oder nicht [243]). Allein dem Geiste unserer Rechtsverfassung und unserer Praxis dürfte eine so weite Ausdehnung des arbitrii judicis nicht angemessen sein. Die Frage muß entweder nach den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen von der Wissenschaft entschieden, oder mit einem non liquet der Gesetzgebung anheimgestellt werden.

Das Letztere scheint nicht nöthig zu sein, vielmehr folgende Betrachtung den Ausschlag zu geben.

Wir haben zwei gesetzliche Regeln, welche diese Frage berühren. Die eine ist die obige in L. 6. h. t. enthaltene, die

---

240) L. 24. L. 60. pr. de cond. indeb. 12, 6. L. 8. ratam rem haberi 46, 8.

241) L. 26. §. 9. de cond. indeb.

242) Vorcholten, Vellojus u. A. rechnen noch die exc. inopiae s. benef. competentiae hierher, welche aber gar keine wahre exceptio ist, da sie nicht dem Rechte des Klägers, sondern nur der Execution entgegensteht. Nach sächs. Rechte gehört dahin noch die exc. Scti Vellejani. Mand. die Verbürgungen der Frauenspers. betr. v. 6. Nov. 1828. §. 8. Gesetzsamml. f. das Kgr. Sachsen v. 1828. St. 28. No. 40. S. 241.

243) Ein Beispiel der Compensation einer Foderung, welcher exc. rei jud. entgegenstand, ist oben §. 23. vorgekommen.

andere bietet L. 14. eod. cit: Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. Beide stehen einander, wenn man sie unbeschränkt gelten läßt, auf die fragliche Art der obligationes naturales bezogen, direkt entgegen; wir müssen daher die eine durch die andre beschränken. Bei dieser Nothwendigkeit ist es nun schon an sich natürlicher, die erstere, als die positive, durch die letztere, als die negative, zu beschränken, als umgekehrt[244]. Dieß müssen wir aber um so mehr, da wir von der ersteren wissen, daß sie wenigstens eine Ausnahme leidet[245], von der letzteren dieß nicht wissen[246]. Compensation der gedachten Foderungen findet daher nicht statt.

Welche obligationes naturales bleiben nun aber für die compensatio noch übrig? Drei Arten derselben sind es, bei denen compensatio unstreitig stattfand, und denen vielleicht überhaupt die Regel: etiam quae natura debentur, in compensationem non veniunt, ihre Entstehung verdankt, weil ihre Nichtklagbarkeit nur auf dem Eigensinne des Civilrechtes beruhte und der aequitas geradezu widersprach, nehmlich:

---

244) Denn nur negative Sätze haben an sich einen Anspruch auf Allgemeingültigkeit, nicht positive. S. Th. Schmalz Wissensch. d. natürl. Rechts. §. 80 u. 81. S. 35 u. 36.

245) Nehmlich die in L. 7. h. t. enthaltene.

246) Derselben Argumentation scheint Duarenus gefolgt zu sein, wenn er in s. Commentar ad h. t. sagt: Unde, quod dicitur de naturali debito, intelligendum est, nisi illud per exceptionem aliquam praetoriam perimi possit. Bei der exc. rei jud. ist auch Baldus ad L. 2. C. h. t. gegen die Compensabilität, wegen der Kraft der res judicata, und weil hier das debitum ein reprobatum sei; vgl. L. 8. §. 2. de negot. gestis 3, 5. Auch Tyndarus a. a. O. art. 4. läßt die Compensation solcher Foderungen, denen eine exceptio entgegensteht, nicht zu, obgleich er die Compensabilität eines debiti naturalis sonst anerkennt.

1) die ganze Masse der obligationes ex pacto nudo[247]), gewiß bei den Römern eine der wichtigsten;

2) die Foderungen der Sklaven und an solche, nach erlangter Freiheit[248]);

3) Obligationen zwischen solchen Personen, zwischen denen eine ficta personarum unitas stattfand, nach Auflösung derselben[249]).

Da nun aber dergleichen Obligationen heutzutage theils ganz wegfallen, theils, wenn nur ihrer Klagbarkeit sonst nichts im Wege steht, zu den obligationes civiles gehören, so dürfte die Regel: etiam quod natura debetur, venit in compensationem, für das heutige Recht ihre praktische Bedeutung verloren haben[250]). Duarenus hatte daher freilich wenig Ursache, dieses Capitel mit den Worten zu beschließen: hic locus communis est diligenter notandus.

---

247) L. 7. §. 4. 7. de pactis 2, 14.

248) L. 20. §. 2. de statuliberis 40, 7. L. 6. §. 4. de pecul. leg. 33, 8. vgl. mit L. 13. pr. de cond. indeb. 12, 6. und L. 14. de O. et A. 44, 7.

249) L. 25. L. 64. de cond. indeb. 12, 6.

250) Manche rechnen hierher noch Legate, welche die quarta Falcidia verletzen, und unförmlich hinterlassene Legate und Fideicommisse. Allein hier dürfte selbst das Bestehen einer oblig. naturalis sich schwerlich vertheidigen lassen, denn L. 10. §. 1. C. de testam. 6, 23. L. 2. L. 23. C. de fideicomm. 6, 42. L. 1. L. ult. C. ad L. Falcid. 6, 50., worauf man sich beruft, sprechen nur demjenigen die condictio indebiti ab, der aus Pietät, also wissend, daß er ein indebitum zahle, den Willen des Testators erfüllt. Ebensowenig gehören hierher Verbindlichkeiten, welche ein Minderjähriger für sich allein übernommen hat. Mühlenbruch doctr. pand. T. II. §. 330. not. 19. Endlich scheint auch L. 9. §. 1. h. t., die man mit dem obigen Satze in Verbindung gebracht hat, aus ganz anderen Gesichtspunkten erklärt werden zu müssen, worüber m. s. unten §. 61.

Mit den natürlichen Verbindlichkeiten sind aber nicht zu verwechseln solche Foderungen, deren Charakteristisches gerade darin besteht, daß sie nur retinendo, compensando, oder deducendo geltend gemacht werden sollen, wie die impensae in dotem und in rem bona fide possessam. Kein römischer Jurist hat diese jemals unter die obligationes naturales gerechnet. Sie sind obligationes civiles, und der Grund der Beschränkung ihrer Geltendmachung ist nur ein processualischer. Sie können daher auch heutzutage compensando geltend gemacht werden.

Zweites Capitel.

Gleichheit des Objectes.

I. Qualitative Gleichheit[251]).

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 42.

Die Compensation ist eine Zahlung, welche mit demjenigen geleistet wird, was man von seinem Gläubiger zu fodern hat[252]). Es muß daher das Object der Foderung, womit man compensiren will, dem Objecte der Foderung, worauf man compensiren will, gleich sein, weil in der Regel Niemand genöthigt werden kann, an der Stelle dessen, was er zu fodern hat, etwas Anderes anzunehmen[253]).

Die Gleichheit muß eine doppelte sein, Gleichheit in der Quantität[254]) und Gleichheit in der Qualität. Die erstere aber setzt die letztere voraus, weil nur solche Gegenstände,

---

251) Joh. Theod. Cramer, praes. Chrph. Schreiter Diss. Utrum comp. inter res diversi generis sit admittenda. Lips. 1695.

252) S. oben §. 2.

253) Diesen Grund hat schon Tyndarus a. a. O. art. 3.

254) S. unten unter No. II.

welche der Qualität nach einander gleich sind, oder doch als gleich betrachtet werden, der Quantität nach mit einander vergleichbar sind.

Vollkommene Gleichheit in der Qualität findet zwischen zwei wirklichen Dingen nie statt, sondern nur zwischen Begriffen, z. B. zwischen intellectuellen Theilen einer und derselben Sache. Hier hat daher gewiß auch im ältesten römischen Rechte Compensation stattgefunden, weil das Gegentheil widersinnig und praktisch unausführbar wäre. Allein, eben weil dieß sich so sehr von selbst versteht, pflegt man diesen Fall gar nicht mit unter den Begriff der compensatio zu ziehen [255].

Wir betrachten aber auch mehrere wirkliche Gegenstände als gleich, mithin durch einander vertretbar, indem wir von den individuellen Merkmalen derselben abstrahiren, und nur den Gattungsbegriff, zu dem sie gehören, in Betracht ziehen. Eine Foderung, deren Object eine nur nach ihren Gattungsmerkmalen bestimmte Sache ist, nennen wir eine obligatio generis, während eine solche, deren Object individuell bestimmt ist, obligatio speciei heißt.

Es giebt endlich Sachen, die in dem Verkehre der Menschen in der Regel nur nach ihren Gattungsmerkmalen in Betracht kommen. Diese nennen wir daher vorzugsweise vertretbare oder fungible Sachen. Hieraus ergeben sich nun für die Compensation [256] folgende unbestrittene Regeln:

---

255) Doch kommt die Benennung compensatio auch hier vor. L. 1. §. 4. si pars hered. petatur. 5, 4. Item si, cum me ex dimidia parte heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi, qualiter agam videamus. Et Labeo scribit, utique partem dimidiam me petere debere a singulis: sic fieri ut a singulis sextantem consequar, et habebo bessem. Quod verum puto. Sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex ea triente, quam possidebam: et officio judicis invicem compensatio erit admittenda ejus, quod possideo, si forte coheredes sint, a quibus hereditatem peto.

256) Nehmlich die comp. necessaria, denn die comp. voluntaria ist hierin unbeschränkt. S. oben §. 3. und 29.

1) Auf eine obligatio speciei kann niemals compensirt werden, weil nichts in der Welt ihrem Objecte gleich ist[257].

2) Am gewöhnlichsten findet die Compensation auf Foderungen fungibler Dinge Anwendung, weil diese in der Regel nur den Gattungsmerkmalen nach in Betracht kommen, mithin das Object einer jeden, auf Dinge derselben Gattung gerichteten Foderung dem Objecte jener Foderung qualitativ gleich ist.

B. Anwendung derselben auf

1) Compensation zwischen obligationes generis.

§. 43.

Ob aber auf eine obligatio generis compensirt werden könne, ist nicht ganz unbestritten, wiewohl sich die bewährtesten

257) Diese sowohl in der Natur der Sache, als auch in den positiven Quellen — Gajus l. c. §. 66. Pauli sent. rec. II, 5, 3. L. 5. de imp. in res dot. 25, 1. L. 18. pr. de pignor. act. 13, 7. L. 13. §. 2. de pignor. 20, 1. L. 6. C. de R. V. 3, 32. — begründete Regel ist eigentlich niemals ernstlich in Zweifel gezogen worden, wiewohl sich für das ältere römische Recht nicht unerhebliche Zweifel dagegen aufstellen lassen (S. unten §. 50.). Wenn einzele große Juristen, namentlich Duarenus in s. Comm. ad L. 7. §. 5. soluto matr. und ad h. t. c. 11., desgleichen Harpprecht in s. Comm. ad Inst. §. 30. de actt. no. 9 — 18., und Bachow ad Treutlerum disp. 25. th. 7. sie scheinbar mit großem Eifer bestritten haben, so erklärt sich dieß dadurch, daß jene Männer unter compensatio auch die retentio als eine facto hominis und ministerio judicis geschehende comp. mit begreifen und daher behaupten, die comp. geschehe bei reb. fungibilibus ipso jure, bei speciebus facto hominis. Es scheint dieser Meinung sogar die Eintheilung der comp. in perpetua und temporalis (d. i. retentio) ihren Ursprung zu verdanken. Eine wirkliche comp. mit obligg. speciei und daher auch zwischen obl. rer. fungibil. diversi generis behauptet nur Cramer in der angef. Diss., wo die von Andern aufgestellten Argumente für und wider sehr fleißig gesammelt sind.

Schriftsteller aller Zeiten [258]), und in der neueren Zeit wohl alle, für die bejahende Meinung entschieden haben. Für die verneinende führt man an, daß in den Quellen, wo von der Compensation die Rede ist, nur fungible Sachen erwähnt werden, und daß eine obligatio generis nicht erfüllt werden könne, ohne eine bestimmte Species, wenn gleich mit Auswahl, zu geben [259]). Allein was den zweiten Grund betrifft, so ist Dasselbe von einer obligatio rerum fungibilium zu behaupten. Denn kann wohl Jemand 10 Sfl. Korn liefern, ohne daß er ganz bestimmte Species von Körnern übergiebt? Es kommen nur die individuellen Merkmale dieser Körner nicht in Betracht, Ein Gleiches findet aber auch bei der obligatio generis statt. Was den ersten Grund anlangt, so findet er darin seine Erledigung, daß es ganz willkürlich ist, bestimmte Arten von Dingen für fungibel, andere für nicht fungibel zu erklären. Der Begriff einer res fungibilis beruht nur auf einer Abstraction, nehmlich der Abstraction von den individuellen Merkmalen gewisser Dinge. Dieß ist aber gerade dieselbe Abstraction, auf welcher der juristische Begriff des genus beruht. Durch diese Abstraction kann daher jede Sache zur res fungibilis werden [260]), und jede obligatio rerum fungibilium läßt sich daher auf eine obligatio generis zurück-

---

258) Ud. Zasius in s. Institutionen — Commentar ad §. 30. de actt. no. 12., versichert, die bejahende Meinung sei unter den glossatoribus und doctoribus so verbreitet, daß man sich schämen müsse, das Gegentheil zu behaupten. Dennoch habe er dieß stets in seinen Vorlesungen gethan und hinterher gefunden, daß auch Joh. Maynus, Joh. Fab. Nicolaus de Neapoli und Johannes de Felicitate ihm beistimmten. Jene communis opinio bezeugt auch Tyndarus a. a. O. art. 3.

259) Zasius a. a. O.

260) So sagt schon Aug. Barbosa Collect. ad Cod. h. t. ad L. 4. no. 7. Habet enim genus *functionem* quandam, et res fungibilis compensationem recipit. Auch Mevius a. a. O. P. III. dec. 131. no. 3. sagt: Potest corpus deberi ut quantitas, et quantitas ut corpus.

führen, ja, die Begriffe res fungibilis und genus (in jurist. Bedeutung) sind einander logisch ganz gleich. Die von den römischen Juristen fungibel genannten Dinge sind nur einzele Beispiele von Sachen, bei denen jene Abstraction gewöhnlich stattfindet, weil ihre Individuen schwer von einander zu unterscheiden sind. Nothwendig fungible Dinge aber giebt es nicht. Wenigstens bringt die Natur nirgends zwei Gleiche hervor, und auch der Kunst dürfte es schwer fallen, dieß zu bewirken. Denn selbst bei zwei neugeprägten Geldstücken gleicher Art dürfte es dem aufmerksamen Auge, zumal dem bewaffneten, nicht schwer fallen, individuelle Merkmale zu unterscheiden.

So weit daher zwischen obligationibus rerum fungibilium Compensation stattfindet, muß sie auch zwischen obligationibus generis zugelassen werden [261].

2) Compensation zwischen species und genus.

§. 44.

Ja, es ist, um Compensation möglich zu machen, nicht einmal nöthig, daß **beide** Gegenfoderungen obligationes generis seien, sondern es genügt, wenn die Foderung, **worauf**, eine obl. generis, und die Foderung **womit**, auf eine species derselben Gattung gerichtet ist. Ein Fall der Art ist schon oben vorgekommen [262]. Wenn nehmlich z. B. A. dem B. sein Pferd verkauft hat, und hierauf B. dem A. ex legato ein

---

261) Eine sehr unjuristische Bemerkung ist die von **Wernher** lect. comm. ad h. t. gemachte, daß doch unmöglich ein Pferd, welches ein Bauer in genere zu fodern habe, einem Pferde, welches ein Edelmann in genere zu fodern habe, gleich geachtet werden könne. Es steht aber auch diese Bemerkung unserer Behauptung gar nicht entgegen. Denn durch dieselbe wird nur in Frage gestellt, ob ein Pferd, das ein Bauer zu fodern hat, und ein dergl., welches ein Edelmann zu fodern hat, idem genus sei. Vgl. §. 45.

262) S. oben §. 4.

Pferd in genere schuldig wird, so wird B., wenn er verklagt wird, compensiren, d. h. erklären können, daß er dem A. gerade dasjenige Pferd liefern wolle, welches dieser ihm ex vendito schulde, und daß A., weil er dieses Pferd noch habe, sich selbst bezahlt machen möge. Nur wird auch hier, wie ebenfalls schon oben gezeigt wurde, die Compensation nicht ipso jure eintreten können. Die Folge davon ist, wie überall, wo die Compensation nicht ipso jure eintreten kann, daß deren Wirkungen erst von dem Momente, wo der Beklagte compensiren zu wollen erklärt hat, datirt werden, und dieser dem Kläger die bis dahin erwachsenen Proceßkosten erstatten muß [263]).

3) Compensation zwischen höherer und niederer Gattung.

§. 45.

Zwischen der niederen und der höheren Gattung findet dasselbe Verhältniß statt, wie zwischen Individuum (species) und genus. Schuldet daher A. dem B. ein Pferd, B. dem A. ein polnisches Pferd, so kann A. gegen den B., nicht aber B. gegen den A. compensiren. Dagegen findet zwischen zwei verschiedenen Gattungsfoderungen (z. B. ein polnisches und ein ungarisches Pferd) eben so wenig, als zwischen zwei obligationibus speciei Compensation statt, weil keines der beiderseitigen Objecte als dem anderen gleich betrachtet werden kann.

Dieß gilt auch von den sogenannten fungiblen Sachen im engeren Sinne. Es müssen daher auch hier entweder beide Foderungen auf fungible Dinge gleicher Art [264]), oder doch

---

263) S. oben §. 25.

264) Ein historisches Zeugniß giebt Gajus a. a. O. §. 66. Das Gegentheil vertheidigten Accursius, Baldus und Petrus de Bellapertica, und nach deren Vorgange mehre bei Cramer a. a. O. §. 17. genannte Schriftsteller, wenn beide genera sich auf einen Geldwerth reduciren ließen. Sie wurden dazu durch solche Gesetze verleitet, in denen eine Compensation zwischen solchen Foderungen erwähnt wird, die ursprünglich allerdings

diejenige Foderung, womit man compensiren will, auf eine solche Art gerichtet sein, welche sich als eine Unterart derjenigen Art, auf welche die Foderung, worauf, gerichtet ist, betrachten läßt. Im ersteren Falle wird die Compensation ipso jure, im letzteren facto hominis eintreten. Wer z. B. einen Eimer „Wein" zu fodern hat, muß sich's gefallen lassen, wenn der Schuldner excipirt, er habe einen Eimer „Würzburger" zu fodern, nicht aber umgekehrt. Dagegen kann nicht mit einer Sorte Wein (Würzburger) auf eine andere (Naumburger) compensirt werden, sollte diese auch die geringere sein. Nur wo gerade in der Güte das Gattungsmerkmal liegt, gilt die bessere Sorte als Unterart der schlechteren, es kann daher mit der besseren auf die schlechtere (facto hominis) compensirt werden, nicht aber umgekehrt. Wer daher fungible Dinge (z. B. Weizen) ohne Bestimmung der Güte schuldet, kann darauf mit einer auf dergleichen Dinge erster Qualität, nicht aber mit einer auf dergl. Dinge letzter Qualität gerichteten Foderung compensiren, denn er selbst schuldet mittlere Qualität.

4) Compensation alternativer Foderungen.

§. 46.

Den Gattungsverbindlichkeiten sind die alternativen analog [265]. Es kann daher auch auf eine alternative Foderung

---

auf verschiedene Gattungen gerichtet waren, z. B. zwischen Geld und fructus, fructus und impensae, fructus und res amotae. Diese sind aber nach den §. 50. aufzustellenden Principien zu erklären. Widerlegt hat diese Meinung schon Tyndarus a. a. O. art. 3., indessen scheint sie zu der Bestimmung des Code civil a. a. O. §. 1291. Veranlassung gegeben zu haben, daß Leistungen, die Getreide und Lebensmittel zum Gegenstande haben, deren Marktpreis öffentlich festgesetzt ist, mit Geldsummen compensirt werden können.

265) L. 54. pr. de V. O. 45, 1. wo die obll. alternativae geradezu als obll. generis betrachtet werden.

compensirt werden, dafern nur wenigstens das Eine der zu leistenden Objecte ein genus ist, und die Foderung, womit compensirt werden soll, auf dasselbe genus, oder wenigstens auf eine species aus diesem genus gerichtet ist[266]. Schuldet daher A dem B seine goldene Uhr oder ein Pferd, B dem A ein Pferd, oder sein Pferd, so kann A, wenn er auf Zahlung belangt wird, compensiren, weil er dem B ein Pferd, und, wenn er will, auch dessen Pferd, liefern kann. Dagegen würde mit einer alternativen Foderung nur dann compensirt werden können, wenn beide Gegenfoderungen alternativ, und beide auf zwei gleiche genera gerichtet wären. Denn schuldete A dem B ein Kalb oder ein Schwein, und B dem A ebenfalls ein Kalb oder ein Schwein, so könnte Jeder zum Andern sagen: Giebst Du mir ein Kalb, so gebe ich Dir auch ein Kalb, und zwar das Deine wieder; giebst Du mir ein Schwein, so gebe ich Dir auch ein Schwein, und zwar das Deine zurück[267].

5) Compensation alternativer Verbindlichkeiten „utrum voluerit" und denselben entsprechender Gattungsverbindlichkeiten.

§. 47.

Zu den Gattungs- und alternativen Verbindlichkeiten im weiteren Sinne[268] rechnet man auch diejenigen, wobei dem Gläubiger die Wahl zusteht. Auf solche kann nur compensirt

266) Arg. L. 10. §. 2. h. t. Sed et, qui noxali judicio convenitur, compensationem opponere potest. Denn mit einer actio noxalis kann Schadenersatz oder noxae deditio alternativ gefodert werden.

267) Eine ähnliche Argumentation braucht Voet a. a. O. no. 18. p. 731 b.

268) Im Zweifel ist unter obl. gen. oder alternativa (ausgenommen gewisse Fälle bei dergl. Legaten) eine solche zu verstehen, wo die Wahl dem Schuldner zusteht. Wo sie dem Gläubiger zustehen soll, wird dieß immer durch einen Zusatz: utrum voluerit u. dgl. bezeichnet. L. 34. §. 6. L. 75. §. 8. L. 138. §. 1. de V. O. 45, 1. Vgl. Mühlenbruch doctr. pand. T. 2. §. 220.

werden, wenn entweder die Foderung, womit man compensiren will, auf dasselbe genus, oder auf dieselben alternativen genera gerichtet ist, oder wenn der Gläubiger schon gewählt hat [269]), also überhaupt keine alternative oder Gattungs-Verbindlichkeit mehr existirt. Ist nehmlich dann das, was der Gläubiger gewählt hat, ein genus, z. B. Geld, so findet auf dasselbe die Compensation unter denselben Bedingungen statt, wie auf eine ursprüngliche Gattungsfoderung.

Dagegen kann **mit** solchen Gattungs- und alternativen Foderungen allerdings compensirt werden, sofern der Gläubiger gerade das wählen kann, was der Schuldner zu fodern hat. Z. B. A hat von B zu fodern ein Kalb oder ein Schwein, utrum voluerit, und schuldet dem B ein Kalb; so kann A, wenn B sein Kalb fodert, compensiren. Denn er kann sagen: Ich verlange von Dir ein Kalb und erfülle meine Verbindlichkeit mit demselben Kalbe, welches Du mir geben würdest. Auch hier aber kann die Compensation nicht ipso jure eintreten, da B nicht wissen kann, daß A ein Kalb wählen wird, mithin eine Erklärung des A hinzutreten muß.

6) Compensation zwischen Geldfoderungen.

§. 48.

Die fungibelste aller Sachen ist das Geld. Denn da es seiner Bestimmung nach alle anderen Sachen vertreten soll, so müssen auch seine eigenen species unter einander möglichst

---

269) Die Gesetze erwähnen nur den letzteren Fall, weil von Compensation in der Regel erst die Rede ist, wenn geklagt worden, hierzu aber auch gehört, daß der Gläubiger sich wegen der Wahl erkläre. L. 22. h. t. Si debeas decem, aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset. Man hat diese Stelle zum Beweise benutzt, daß auch auf obll. speciei compensirt werden könne, weil ja der adversarius auch den homo wählen könne. Allein offenbar wird vorausgesetzt, daß er die decem wähle. Vgl. **Accursius** ad h. t. **Tyndarus** l. c. art. 3. no. 18. **Donellus** l. l. p. 917b. b. 10.

vertretbar, d. h. gleich, oder ausgleichbar sein. Dieß zu bewirken, ist die Aufgabe der Münzkunst. Die Compensation ist daher auch bei Geldfoderungen am gewöhnlichsten.

Es lassen sich aber auch bei dem Gelde verschiedene Arten unterscheiden. Die unterscheidenden Merkmale sind der Münzfuß und die Größe. Ist nun eine Foderung auf eine bestimmte Art des Geldes gerichtet, so gelten von der Compensation derselben im Ganzen die nehmlichen Grundsätze wie bei anderen obligatt. generis. Indeß treten dabei doch manche Eigenthümlichkeiten ein.

Zwei auf verschiedene bestimmte Münzsorten gerichtete Geldfoderungen sind nach der Regel nicht mit einander compensabel. Indessen gilt eine Foderung, deren Größe nach dem Maßstabe einer bestimmten Geldsorte angegeben ist, nicht für eine specielle, wenn jene Münzsorte allgemein zur Werthbestimmung gebraucht wird [270]. Wer also z. B. in Preußen eine in Thalern ausgedrückte Schuld hat, kann darauf mit einer in anderen Münzsorten ausgedrückten Foderung compensiren, nicht umgekehrt. Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist es daher zweckmäßig, nur fingirte Münzsorten zur Werthbestimmung zu gebrauchen, wie auch in den meisten Ländern geschieht. Dasselbe gilt, wenn die Größe einer Foderung auf andere Weise, als durch Benennung einer Normalmünze bestimmt ist, z. B. nach dem Gewichte [271].

---

270) Ob auf eine nach Goldmünzen benannte Schuld mit einer anderen compensirt werden könne, wird daher davon abhängen, ob in dem Lande qu. jene Goldmünzen zur allgemeinen Werthsbestimmung gebraucht zu werden pflegen, oder nicht. A. Faber in s. Codex Fabrianus definitionum forens. et rerum in S. Sabaudiae senatu tractatarum lib. 4. tit. 23. def. 2. läßt Compensation mit Gold auf Silber, nicht aber mit Silber auf Gold zu, weil jenes in diesem, nicht aber dieses in jenem enthalten sei. Dieß ließe sich aber wohl allenfalls von ungeprägtem Golde behaupten, nicht aber von Goldmünzen, wo nur der Geldwerth in Betracht kommt.

271) Arg. L. 1. §. 1. de auro arg. 34, 2. Cui certum pondus

Wer bestimmte Münzen zu fodern hat, kann damit (facto hominis) auf eine Schuld compensiren, welche nicht nach der Sorte bestimmt ist. Seine Foderung müßte denn auf solche Sorten gerichtet sein, in denen er keine Zahlung leisten könnte, z. B. auf Scheidemünze.

Foderungen, die in verschiedenen Münzfußen ausgedrückt sind, können nach der Regel ebenfalls nicht mit einander compensirt werden. Auch hier aber begründet der gesetzliche Cours eine Ausnahme [272]. Daher können z. B. in Sachsen Conventionsmünze und preuß. Courant, unter Berechnung des Agio, allerdings mit einander compensirt werden, es müßte denn ausdrücklich unter den Parteien festgesetzt sein, daß Agioberechnung nicht stattfinden solle.

Mit Münzen, die keinen Cours haben, kann aber nicht gezahlt, folglich auch mit einer auf solche gerichteten Foderung nicht compensirt werden. Allein auch hiervon begründet der Handelsverkehr verschiedener Völker eine nothwendige Ausnahme. Wenn nehmlich Kaufleute verschiedener Länder mit einander Geschäfte machen, so werden die Foderungen eines jeden von ihnen natürlich in denjenigen Münzsorten ausgedrückt, die in dem resp. Vaterlande des Gläubigers gebräuchlich sind; auch kann jeder verlangen, daß ihm in solchen Münzsorten gezahlt werde, welche in seinem Vaterlande Cours haben. Dessenungeachtet tritt zwischen den Gegenfoderungen derselben Compensation ein, wenn gleich die vaterländischen Münzen des Einen in dem Vaterlande des Andern keinen Cours haben. Z. B. der Russe A schuldet dem Preußen B x Thaler, der Preuße B dem Russen A y Rubel. Hier kann zwar A den B

argenti dare jussus est heres, ei pecuniam numeratam dando ipso jure liberatur, si in ea pecunia eadem aestimatio fuerit. Diese Stelle kann auch für die vorhergehenden Sätze als Beweisstelle gelten, da die ratio dieselbe und aus der Natur der Sache entnommen ist.

272) Bellojus a. a. O. p. 733. col. 1.

nicht in Rubeln bezahlen, wohl aber mit seiner auf Rubel gerichteten Foderung compensiren.

Diese Ausnahme rechtfertigt sich daraus, daß es beim kaufmännischen Verkehre nur auf den Werth der gegenseitigen Foderungen ankommt, und Compensation gerade beim auswärtigen Handelsverkehre ganz unentbehrlich ist; mithin aus der utilitas et aequitas compensationis; aus dem Geiste der ganzen Lehre.

Uebrigens tritt die Compensation im letzten und vorletzten Falle sogar ipso jure ein.

7) Compensation mit Geld in specie.

§. 49.

Das Geld kann aber auch individuelle Merkmale erhalten, mithin eine Foderung, deren Object Geld ist (richtiger: Münzen sind), auch als obligatio speciei in Betracht kommen. Ist dieß geschehen, so kommt es darauf an, ob durch die individuelle Bezeichnung das Geld völlig aufgehört hat, Geld, d. h. eine Sache von allgemein bestimmtem, sofort erkennbarem Werthe zu sein, oder nicht [273].

Im ersteren Falle z. B. wenn Geldstücke gehenkelt, gefaßt, ohne Bezeichnung der Summe versiegelt oder verschlossen werden, gilt es jeder anderen species gleich. Compensation einer auf solches Geld gerichteten Foderung ist also auf keiner Seite

---

273) Durch diese Unterscheidung dürfte sich der alte Streit über diese Frage wohl am leichtesten schlichten lassen. Daß dieser schon unter den Glossatoren lebhaft geführt wurde, bezeugen Zasius und Tyndarus a. a. O., welcher Letztere auch die verschiedenen Ansichten ausführlich referirt. Unter den Neueren s. vorzüglich Cocceji jus contr. h. t. qu. 9., und Emminghaus ad Cocc. ibid. not. 9; ferner Struv. Synt. exercit. 21. tit. 2. th. 17. 18., und Müller ad Struv. l. c. Jene Unterscheidung selbst beruht in der Natur der Sache. Man kann sich aber auch zur Rechtfertigung derselben auf L. 1. §. 1. de auro arg. 34, 2. berufen.

möglich [274]). Bleibt aber der Werth allgemein erkennbar, z. B. bei einem Legate derjenigen 300 Thlr., welche in des Testators Schreibtische liegen — welche bei Titius deponirt sind u. s. w., so sollte nach strenger Consequenz wohl mit einer solchen Foderung, nicht aber auf dieselbe compensirt werden können. Indeß dürfte die aequitas compensationis bei einer solchen bloßen demonstratio wohl auch, und zwar beiden Theilen, ipso jure, zu gestatten sein [275]).

C. Scheinbare und wirkliche Ausnahmen von obigen Grundsätzen.

§. 50.

Die Regel species cum specie et species cum genere non compensatur ist so natürlich, daß sie theoretisch gewiß überall und zu jeder Zeit gegolten hat. Sie hatte aber im älteren römischen Rechte einen geringeren praktischen Werth, weil alle Foderungen, wenn man das endliche praktische Resultat ihrer Verfolgung in Betracht zog, Geldfoderungen waren, indem auch der debitor speciei, wenn er nicht ex arbitrio judicis, oder freiwillig restituirte, nur in eine Geldsumme

---

274) L. 51. de leg. I. Sed si certos nummos, veluti quos in arca habet, legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora numorum debentur: neque permutationem (i. e. compensationem) recipiunt et exemplo cujuslibet corporis aestimanda sunt.

275) Ein positives Argument für diese Behauptung gewähren die Gesetze über depositum. Denn nach älterem Rechte war compensatio auf Gelddeposita zulässig, wenn auch dem Depositor der Gebrauch nicht gestattet, mithin eigentlich eadem species zu restituiren war. Justinian hat nun zwar dieß aufgehoben, aber nur beim deposito, und aus Gründen, welche auf andere Foderungen, deren Object Geld in specie ist, keine Anwendung leiden. Er scheint also dadurch indirect eine Compens. auf solche andere Foderungen gebilligt zu haben. S. unten §. 77. Auf das depositum beruft sich auch schon Tyndarus a. a. O. art. 3. no. 10. mit Beziehung auf Bartolus.

verurtheilt werden konnte[276]. Nur dadurch konnte also der debitor speciei von der Compensation abgehalten werden, daß ihn, wenn er nicht restituirte oder tradirte, eine härtere condemnatio traf, oder daß das condemnationem pati mit einer infamia verbunden war.

Nach diesem Principe mußte auf obligationes speciei die Compensation mit Geldfoderungen stets zulässig erscheinen, und es scheint ein gewisses Schwanken hierüber bis in die spätere Kaiserzeit fortgedauert zu haben[277]. In einem Falle wurde dieß sogar nach Justinianischem Rechte zugelassen, nehmlich wenn ein statu liber das ihm legirte peculium einklagte[278]. Eine Compensation mit obligg. speciei auf Geldfoderungen ließ sich dagegen aus jenem Principe nicht rechtfertigen. Doch wurde auch diese ausnahmsweise gegen den bonorum emtor gestattet[279].

Nach jenem Principe stand im älteren Rechte der Vorschützung der exceptio compensationis gegen Klagen,

---

276) Gajus a. a. O. §. 48. Vgl. zur Interpretation dieser Stelle Ribbentropp ad L. 16. §. 5. D. de pignor. et L. 9. §. 1. D. de except. pag. 6. not. 13. Im ältesten röm. Rechte war es freilich anders, allein da gab es auch noch keine compensatio necessaria.

277) Nur hieraus erklärt sich befriedigend, daß noch Diocletian und Maximinian rescribiren mußten: Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. L. 4. C. de commod. 4, 23., wiewohl bei der Restitution (ex arbitrio judicis) wohl niemals auf Gegenfoderungen Rücksicht genommen worden war.

278) L. 8. pr. de peculio leg. 33, 8. Denique Pegasus respondit, si statulibero, cui peculium legatum sit, heres interim crediderit, id ipso jure detrahi, et corpora singula (etiam) per hoc aes alienum deminui. Cf. L. 6. §. 4. eod.

279) Gajus l. c. §. 66. In deductione autem vocatur et quod non est ejusdem generis, itaque si pecuniam petat bonorum emtor, et invicem frumentum aut vinum tibi debeat, deducto eo, quanti id erit, in reliquum experitur.

welche auf ein corpus oder auf ein facere gerichtet waren, nichts entgegen; selbst die Zulässigkeit derselben gegen dingliche Klagen ließ sich wenigstens nicht aus dem Mangel eines compensablen Objectes bestreiten [280]. Allein allmälig kam man von dieser Ausdehnung der compensatio zurück. Es findet sich daher schon bei den classischen Juristen die Regel, daß die exceptio compensationis gegen solche Klagen nur zulässig sei, insofern ein compensables Object vorhanden sei; in sofern also entweder das ursprüngliche Object nicht mehr geleistet werden könne, und daher dessen aestimatio zu prästiren sei, oder mit demselben zugleich compensable Nebendinge, Zinsen und fructus (consumti) gefodert würden [281]. Daß aber unter diesen Voraussetzungen die compensatio gegen dergleichen Klagen zugelassen wird, kann um so weniger als eine Ausnahme gelten, da die Verbindlichkeit zur Prästation der aestimatio, der Zinsen und Früchte stets auf einer wahren obligatio, und zwar auf einer obligatio dandi, beruht [282].

Auf der anderen Seite kann aber auch eine Foderung, deren Object eine Geldzahlung ist, die Natur einer oblig. fa—

---

280) S. oben §. 17.

281) Arg. L. 5. de imp. in res dot. 25, 1. (Ulpian.) Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum (ut et Pomponius ait), non ut ipsae res corporales deminuantur, utpote fundus, vel quodcunque aliud corpus. Etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam: caeterum haec res faceret, desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus. Manebit igitur maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat: non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso jure fieri? *ubi non sunt corpora, sed pecunia:* nam in pecunia ratio admittit compensationem fieri.

282) Dieß ist auch die nur nicht klar gedachte Ansicht des Mästertius a. a. O. qu. 21., wie sich aus dem letzten §. dieser quaestio ergiebt, wiewohl er vorher die Zulässigkeit der exc. compens. gegen dingliche Klagen mit sieben Gründen bestreitet, deren Prüfung füglich dem Leser überlassen werden kann. Vgl. oben §. 17.

ciendi annehmen, und daher die exc. compensationis ausschließen, z. B. wenn A sich verbindlich gemacht hat, für den B dessen Schuld an den C zu bezahlen. Hier kann er mit einer Foderung an den B auf keine Weise compensiren; nicht mit dem B, weil er diesem ad faciendum verpflichtet ist, nicht mit dem C, weil er von diesem nichts zu fodern hat[283]).

II. Quantitative Gleichheit.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 51.

Die Compensation setzt endlich auch quantitative Gleichheit der Objecte beider Foderungen voraus, indem sie bei ungleicher Quantität nur in so weit eintritt, als die Quantitäten gleich sind. Ist daher die Foderung, womit compensirt wird, kleiner, als die Foderung, worauf, so wird die letztere nicht aufgehoben, sondern nur gemindert, und der Beklagte in den nach Abrechnung seiner Foderung bleibenden Ueberschuß condemnirt[284]). Ist die Foderung, womit, die größere, so erlischt sie — in so weit sie überhaupt erlischt[285]) — nur quoad summam concurrentem, und der Beklagte behält wegen des Ueberschusses sein ursprüngliches Klagrecht.

B. Anwendung derselben auf den Fall, daß mehre Foderungen auf einer Seite vorhanden sind.

§. 52.

Hat daher Jemand mehre einzele Schuldposten an einen und denselben Gläubiger, so kann er seine Foderung an denselben auf alle diese Schuldposten abrechnen, soweit diese dadurch gedeckt werden. Reicht jedoch die Gegenfoderung nur zur ganzen oder theilweisen Deckung einer oder einiger dieser

---

283) Mevius a. a. O. P. II. dec. 131.

284) §. 30. I. de act. Ueber das ältere Recht s. oben §. 18.

285) Vgl. oben §. 27.

Schuldposten aus, so entsteht die Frage, auf welche derselben sie abzurechnen sei, welche also dadurch aufgehoben werde?

Hierbei kommt es zuvörderst auf die Zeit an, zu welcher die verschiedenen Foderungen entstanden und fällig wurden. Entstanden nehmlich die mehren Foderungen auf der einen Seite, oder wurden sie fällig, nachdem die eine Gegenfoderung auf der andern Seite schon fällig war: so erlöschen sie wegen des Satzes: compensatio fit ipso jure (im weiteren Sinne) nach einander, eine jede in dem Momente, in welchem sie entstand oder fällig wurde [286]. Hier ist also jede einseitige Willkür der Parteien ausgeschlossen. Wo daher, wie z. B. bei Kaufleuten, die mit einander in laufender Rechnung stehen, auf beiden Seiten nach und nach eine Reihe von Foderungen und Gegenfoderungen erwächst, da erlischt immer jede derselben durch die der Zeit nach nächste Gegenfoderung des anderen Contrahenten. Es ist daher keinem derselben erlaubt, willkürlich eine dieser Foderungen herauszugreifen und klagbar zu machen, sollte auch deren Betrag mit dem ihm zukommenden Saldo übereinstimmen; sondern nur die zuletzt entstandene Foderung, welche diesen Saldo bewirkt, bleibt klagbar [287].

---

286) Dieß bemerkt schon Tyndarus a. a. O. art. 7. no. 33. Bei den späteren Schriftstellern habe ich diese Bemerkung nirgends gefunden.

287) Es findet also auch heutzutage noch etwas Aehnliches Statt, wie bei den Argentarien im älteren röm. Rechte (§. 13.), nur aus anderen Gründen. Bei den Argentarien nehmlich lag der Grund ihres besonderen Rechtsverhältnisses in einer stillschweigenden Uebereinkunft, daß zwischen ihnen und ihren Geschäftsfreunden der Inbegriff aller einzelen mit ihnen eingegangenen Geschäfte als ein Ganzes angesehen, und nur das Resultat dieses Ganzen in Betracht gezogen werden solle. Eine ähnliche Uebereinkunft nun läßt sich wohl in der Regel auch bei uns zwischen Kaufleuten annehmen, welche einander Waaren auf feste Rechnung senden; ja es wird sich aus den das Verhältniß einleitenden Briefen oft sogar ein ausdrücklicher Vertrag der Art erweisen lassen. Allein wäre dieß die einzige Ursache des im Texte ausgedrückten Satzes, so würde derselbe sich nur auf Geschäftsfoderungen beziehen (wie

Daß über eine der früheren Foderungen ein besonderes Schulddocument ausgestellt worden, kann hierin nichts ändern, es müßte denn dieses Document eine Verzichtleistung auf die compensatio enthalten [288]).

Waren aber die mehren Gegenfoderungen auf der einen Seite bereits fällig, als eine Gegenfoderung auf der anderen Seite fällig wurde, so entscheidet der Grundsatz, daß die compensatio für eine Zahlung gilt, aber für eine Zahlung, welche **der Gläubiger sich selbst leistet.** Hiernach kann derjenige, welcher Gläubiger der mehren Foderungen ist, sich seine Gegenschuld anrechnen, auf welche derselben er will [289]), und

---

bei den Argentarien), und selbst diese würden davon auszunehmen sein, wenn über eine derselben ein besonderes obligatorisches Document ausgestellt worden wäre. Denn dadurch ist offenbar angezeigt, daß diese Schuld nicht nur als Theil jenes ganzen Geschäftsverhältnisses, sondern für sich in Betracht kommen sollte. Wären daher in solchem Falle nur auf der einen Seite des Contocorrent wirkliche Foderungen, auf der anderen bloß Zahlungen vorhanden, so leidet es keinen Zweifel, daß **diese** zunächst auf die unverbrieften Foderungen zu rechnen wären. Bei wirklichen Compensationsposten aber verhält es sich anders, weil die comp. ipso jure eintritt, mithin die Entstehung einer Foderung auf der einen Seite, wenn sie auch nicht aus dem Geschäfte entspringt, das ganze Rechtsverhältniß der Parteien, mithin auch ihr Geschäftsverhältniß afficirt und das Resultat desselben verändert. Ebendeshalb gelten aber die obigen Grundsätze nicht bloß von Kaufleuten, ja es wäre vielleicht nicht unzweckmäßig, sie gerade in Beziehung auf Kaufleute nach dem Vorbilde der Gesetzgebung über die Argentarien legislativ zu beschränken, und namentlich verbriefte Foderungen davon auszunehmen.

288) S. unten §. 82. ff.

289) Arg. L. 101. §. 1. de solutt. 46, 3. Paulus respondit, aliam causam esse debitoris, qui solvit, aliam creditoris, pignus distrahentis. Nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate ejus est, commemorare, in quam causam solveret: cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium (sc. superfluum. Vgl. L. 96. §. 3. eod.) acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debetur, et igitur, deducto eo, de-

die übrigen einklagen, ohne daß ihm die exc. compens. entgegengesetzt werden kann. Denn excipirte der Beklagte: creditorem sibi ipsum solvisse, vel debuisse solvere, so würde der Kläger repliciren: ja, ich habe mich selbst bezahlt, aber auf eine andere Foderung, was die Gesetze dem sich selbst Zahlenden erlauben [290].

---

bitum peti posse. Der Grund dieser Bevorrechtung des Pfandgläubigers liegt nicht im Pfandrechte, dessen Natur es vielmehr widerstreitet, sich aus dem Pfandschilling wegen anderer Foderungen als wegen der eigentlichen Pfandschuld (und dieß ist nach röm. Rechte bei mehren Verpfändungen immer nur die erste) bezahlt zu machen, sondern darin, daß der Gläubiger nach der distractio pignoris Geld des Schuldners in Händen hat, womit er sich selbst zahlt; daß er mithin derjenige ist (der Zahlende), von welchem die Bestimmung, worauf gezahlt werden solle, ausgehen muß. Von einem Pfandrechte kann überhaupt nach der distractio pignoris wegen der eigentlichen (ersten) Pfandschuld gar nicht mehr die Rede sein; vielmehr existiren dann reine Gegenfoderungen; die pfandlose Foderung des ehemaligen Pfandgläubigers auf der einen, und der Anspruch des Schuldners auf die hyperocha (ex mandato) auf der anderen Seite, zwischen denen nun compensatio stattfindet. Diese Ansicht bestätigt vollkommen L. 96. §. 3. eod. Cum *eodem tempore* pignora duobus contractibus obligantur, pretia eorum pro modo pecuniae cujusque contractus creditor accepto facere debet: nec in arbitrio ejus electio est, cum debitor pretium pignoris consortioni subjecerit. Quodsi *temporibus discretis* superfluum pignorum obligari placuit: prius debitum pretio pignorum *jure* (i. e. ipso jure) solvetur, *secundum superfluo compensabitur.* In dieser conditio compensandi liegt auch überhaupt der Grund, weshalb der Pfandgläubiger sich *distracto* pignore aus dem Pfandschillinge auch wegen anderer Foderungen bezahlt machen kann, während ihm eine retentio pignoris nondum distracti propter deb. chirogr. erst durch Gordian gestattet wurde.

290) Das entgegengesetzte Princip, welches auch das preuß. Landr. a. a. O. §. 375. und der Code civil a. a. O. §. 1297. befolgen, führt auf mehre unauflösliche Zweifel. Z. B. wenn der Schuldner erklärt, daß er seine Foderung auf die unverbürgte Schuld

Ob die eine Schuld für den Schuldner drückender sei als die andere, darauf kann hierbei nichts ankommen, vielmehr ist dem Gläubiger die Wahl gerade deshalb gestattet, damit er sich zuerst wegen derjenigen Foderung befriedigen könne, die ihm die wenigste Sicherheit gewährt, also präsumtiv den Schuldner am wenigsten drückt. Bei verzinslichen Foderungen muß aber die Gegenschuld stets zuerst auf die Zinsen abgerechnet werden [291]), si modo petitio usurarum subsistit [291 b]).

---

abrechnen wolle, muß der Bürge sich dieß gefallen lassen? und anderseits: kann der Bürge ohne vorgängige Erklärung des Hauptschuldners sich auf dessen Foderung compensando berufen, wenn der Hauptschuldner noch mehr Schulden an den Gläubiger hat; und welchen Einfluß hat dann diese Berufung auf das Wahlrecht des Hauptschuldners? Alle diese und ähnliche Fragen können gar nicht entstehen, wenn der Gläubiger die Wahl hat. Uebrigens stimmen mit dem obigen Resultate überein Puffendorf obs. jur. univ. T. II. obs. 175. Berger el. disc. forens. P. II. ad Tit. 11. supp. 20. Gmelin die Lehre vom materiellen Concurse §. 35. Dem Schuldner geben die Wahl: Mevius l. c. P. I. dec. 116. P. VII. dec. 52. Pütter auserl. Rechtsfälle Bd. 1. Dec. 75. Nr. 58. Wernher lectiss. comm. h. t. §. 1. 2. Sie gehen davon aus, daß bei der solutio der Schuldner die Wahl habe, die comp. aber eine solutio sei. Welcher Art aber diese solutio sei, übersehen sie, indem sie annehmen, der Schuldner zahle, indem er die exc. comp. vorschütze, während er doch damit nur behauptet, daß die Zahlung geschehen sei. Leyser endlich in s. Meditt. Spec. 173. med. 10. (Si plures debeantur summae, in quam ex iis comp. facta censeatur) spricht arg. L. 1. de solutt. demjen. die Wahl zu, der gleich anfangs (wann?) sich darüber erklärt habe. Auch hierbei wird vorausgesetzt, daß die comp. eine solutio actualis sei, nicht, was sie wirklich ist, eine solutio tacita.

291) L. 5. §. 2. de solutt. 46, 3. Selbst dieß leugnet Mevius a. a. O. weil die Wahl dem Schuldner zustehe. Allein hinsichtlich der Zinsen ist wohl nach der richtigeren Ansicht auch bei der wirklichen Zahlung von einer Wahl nicht die Rede.

291 b) Während des Druckes erhalte ich v. Buchholz's jurist. Abhandlungen, Königsb., 1833., auf dessen 28ste Abhandl. ich mich nunmehr zur Bestätigung der obigen Grundsätze berufen kann.

C. Ausnahme von obigen Grundsätzen bei gegenseitigen Delicten [292].

1) Compensation gegenseitiger Delictsklagen.

§. 53.

Von dem einfachen Grundsatze, daß Gegenfoderungen einander aufheben, so weit sie einander decken, giebt es aber im römischen Rechte eine weitumfassende Ausnahme bei gegenseitigen Delicten. Es finden sich nehmlich in den Quellen unzweideutige Beispiele, daß, wenn zwei Personen sich gegen einander desselben Delictes schuldig gemacht haben, die daraus entspringenden Privat-Delictsklagen einander nicht nur quoad summam concurrentem, sondern als solche und im Ganzen aufheben [293]. Daß diesen Beispielen ein allgemeines Princip

---

292) Sehr ausführlich und gründlich handelt hiervon: Joh. Friedr. Eisenbach (praes. Kapff) Diss. de compens. circa maleficia vel quasi, occasione L. 36. de dolo malo. Tubing. 1778. 4.

293) Z. B. L. 36. de dolo malo. 4, 3. Si duo dolo malo fecerint, invicem *de dolo non agent*. L. 7. de act. rer. amot. 13, 2. Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus maritum et *poterit compensare cum actione*, qua maritus agere vult ob res amotas. L. 39. soluto matrimonio 24, 3. Viro atque uxore mores utrinque accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam uterque contempserunt, neuter vindicetur: *paria enim delicta mutua pensatione solvuntur*. Vgl. auch L. 52. §. 1. ad Leg. Aquil. 9, 2. und besonders die unten (not. 308) noch näher anzuführende L. 40. §. 1. de damno infecto 39, 2. Man könnte allenfalls auch L. 10. §. 2. h. t. Quoties ex maleficio oritur actio, utpote ex causa furtiva, caeterorumque maleficiorum, si de ea re pecuniarie agitur, compensatio locum habet. Idem est, si condicatur ex causa furtiva, hierher beziehen, da auch in dem princip. dieses Fragmentes von der comp. mutui delicti die Rede ist. Allein freilich lassen sich die Worte auch von der comp. debiti ex furto quoad summam concurrentem verstehen. Nur darf man nicht mit Mästertius a. a. O. qu. 17., der überhaupt die Existenz einer comp. mutui delicti bestreitet, L. 38.

zum Grunde liege, leidet wohl keinen Zweifel[294]). Anwendungen desselben finden sich schon bei Julian, Alfenus, Sabinus und Labeo[295]). Es scheint daher diese compensatio mutui delicti selbst älter zu sein, als die compensatio mutui debiti et crediti. Allein wie weit man in der Anwendung dieses Principes gegangen sei; ob es bei allen Delicten zur Anwendung kam[296]); ob es außer der paritas delicti auch voraussetzte, daß die Parteien in einem gewissen Verhältnisse zu einander standen, und gerade in Beziehung auf dieses Verhältniß, oder wenigstens bei einer und derselben Gelegenheit von Beiden gefehlt worden sei, oder ob man sich auch bei ganz verschiedenen, in keinem Zusammenhange mit einander stehenden Delicten derselben Art darauf berufen konnte[297]);

---

§. 2. de noxal. act. 9, 4. als Gegenargument anführen. Denn hier wird nur gesagt, daß von beiden Seiten eine actio furti begründet sei, woraus aber noch nicht folgt, daß sie auch mit Erfolg ausgeübt werden könne. Noch weniger kann L. 18. pr. de vi et de vi armata 43, 1. gegen die comp. mutui delicti beweisen, da hier nicht von gegenseitigen Delicten, sondern von Delicten verschiedener Personen die Rede ist, und in den Entscheidungsgründen gerade vorausgesetzt wird, daß, wenn gegenseitige Delicte vorhanden wären, die Klagen einander aufheben würden.

294) Ganz allgemein findet der Satz Paria delicta mutua pensatione solvuntur sich ausgesprochen in L. 39. soluto matr. cit. am Ende, ingleichen in L. 154. pr. et §. 1. de R. I. Cum par est delictum duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa — Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit. Vgl. auch den folgenden §.

295) L. 3. de eo per quem factum 2, 10. L. 52. §. 1. ad L. Aquil. cit. L. 40. §. 1. de damno inf. cit. L. 2. §. 15. ne quid in loco publico 43. 8.

296) Dürften wir L. 10. §. 2. h. t. auf die comp. mutui delicti beziehen, so möchte sich die Allgemeingültigkeit wohl behaupten lassen. S. jedoch not. 293.

297) Die meisten Beispiele setzen freilich ein gewisses Verhältniß der Parteien oder wenigstens der gegenseitigen Delicte zu einander voraus, z. B. L. 7. rer. amot. cit. die Ehe, ferner die exceptio

ob endlich die gegenseitigen Delictsklagen ipso jure nicht stattfanden, oder nur per exceptionem aufgehoben wurden [298]), dürfte bei den mangelhaften Nachrichten, die wir darüber haben, schwerlich mit Sicherheit auszumitteln sein.

Nur bei einer Delictsklage, der actio doli, scheint es unzweifelhaft, daß gegenseitige dolose Handlungen, wenn sie auch mit einander in gar keinem Zusammenhange standen, das beiderseitige Klagrecht ipso jure aufhoben [299]). Allein bei dem bekannten singulären und auf das Bestreben nach möglichster Beschränkung dieses verhaßten Rechtsmittels gegründeten Charakter der actio doli kann hieraus ein Schluß auf andere Delictsklagen nicht abgeleitet werden. Jedenfalls aber bezieht sich jener Grundsatz nur auf die ex delicto entspringenden Klagen; es werden dadurch also andere Rechtsmittel, um seinem Schaden beizukommen, z. B. rei vindicatio, actiones in factum [300]), so weit Bereicherung stattgefunden hat, Contractsklagen [301]) u. a. m., nicht ausgeschlossen.

---

vitiosae possessionis, welche freilich eine schon etwas weitere Ausdehnung des ursprünglichen Princips enthält (vgl. unt. §. 56.) — dejectio ex eodem fundo.

298) Die Worte der L. 7. rer. amot. cit. poterit compensare *cum actione* scheinen Aufhebung ipso jure anzudeuten. In anderen Verhältnissen erscheint das Princip entschieden in Form einer exceptio, z. B. vitiosae possessionis, wobei jedoch wiederum die Bemerkung in der vorigen Note Platz ergreift.

299) Die Worte: invicem de dolo *non agent* in L. 36. cit. zeigen offenbar an, daß die Klagen ipso jure hinwegfallen. Ebendeshalb müssen wir aber auch annehmen, daß ganz getrennte dolose Handlungen zu einer comp. mutui doli führen konnten; denn bei einem dolus mutuus in eadem re würde schon die exceptio doli genügt haben.

300) Neben der actio de dolo z. B. findet actio in factum de eo, quanti locupletior factus est reus statt, wo die actio doli selbst unzulässig ist; namentlich gegen Erben, L. 17, §. 1. L. 26. 27. 28. de dolo 4, 3. gegen Personen, denen Ehrfurcht gebührt; L. 11. §. 1. L. 12. L. 13. pr. L. 15. §. 1. eod.; gegen den Macht-

2) Heutige Anwendbarkeit dieser Ausnahme.

§. 54.

Die heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze dürfte aber nur eine sehr beschränkte sein, weil sich unsere Ansichten über Schadenersatz und Strafe von Grund aus geändert haben. Die Idee nehmlich, welche der compensatio delicti zum Grunde liegt, ist die, daß das Gesetz, indem es dem Verletzten gewisse Vortheile gegen den Verletzer, also eine Art Rache an demselben gestatte, einen solchen Verletzten vor Augen gehabt habe, der selbst das Gesetz achte, daß es daher incivile sei, diese Vortheile auch demjenigen zu Statten kommen zu lassen, der sich in pari turpitudine befinde[302]. Hiernach sollte man nun erwarten, daß nur der Anspruch auf Privatstrafe durch mutuum delictum ausgeschlossen sei, weil nur hierin ein positiver Vortheil für den Verletzten, eine Befriedigung seines Rachegefühls liege (ex ea lege, quam uterque contempserunt, neuter vindicetur), nicht aber der Anspruch auf Schadenersatz. Allein hier griff eine andere Grundansicht der Römer ein, wonach ihnen der volle Schadenersatz (im Gegen-

---

geber ex dolo procuratoris L. 15. §. 2. eod.; nach eingetretener Verjährung der actio de dolo L. 28. eod. Sollte nun diese actio in factum nicht auch dem zustehen, der selbst betrogen hat, dafern er nur auch seinerseits den unerlaubten Gewinn herauszugeben bereit ist? Wenigstens steht dem die Regel: si duo dolo fecerunt, invicem *de dolo* non agent, nicht entgegen. Aehnliche actiones in factum fanden aber auch bei andern Delicten statt, z. B. L. 1. pr. de vi 43, 16. L. 10. §. 24. quae in fraud. credit. 42, 8. L. 4. de interdictis 43, 1. L. 29. §. 7. L. 53. ad L. Aquiliam 9, 2.

301) Der Beweis dafür liegt darin, daß Contractsklagen wegen gegenseitigen dolus nur dann aufgehoben werden, wenn dieser bei Gelegenheit desselben Contractes ausgeübt worden ist. S. §. 55.

302) Dieses Princip ist ziemlich deutlich ausgesprochen in L. 39. soluto matr. cit. verbis: ex ea lege, quam uterque contempserunt, neuter vindicetur, und in L. 154. de R. I. cit.

saße der Herausgabe des unerlaubten Gewinnes) selbst schon als ein positiver Vortheil für den Beschädigten, als eine Art von Privatstrafe, erschien, wie auf der andern Seite ihre meisten Privatstrafen nichts Andres waren, als ein in Bausch und Bogen berechneter Schadenersaß[303]. Aus diesem Grunde waren auch die auf vollen Schadenersaß gerichteten Delictsklagen ausgeschlossen, nicht aber die auf das id quod pervenit gerichteten actiones in factum, noch die selbst zu vollem Schadenersaße führenden Contractsklagen. Diese Ansichten nun haben sich bei uns völlig geändert. Der Schadenersaß gilt bei uns nicht mehr als Strafe, sondern als eine Foderung des reinen Privatrechtes. Es bedarf daher auch zu dessen vollständiger Realisirung nicht mehr einer eigentlichen Delictsklage, sondern eine actio in factum oder conditio ex moribus reicht dazu vollkommen aus. Auf diese aber hat sich der Grundsaß paria delicta mutua pensatione solvuntur niemals bezogen. Mithin dürfte von dieser Regel nur noch in den wenigen Fällen Gebrauch zu machen sein, wo Ansprüche auf wirkliche Privatstrafe, d. h. Vermögensnachtheile zu Gunsten des Beleidigten, welche selbständige Folge eines Vergehens sind, ohne Rücksicht auf den daraus entstandenen Schaden, noch stattfinden. Ein Beispiel dafür sind gemeinrechtlich die Vermögens-Nachtheile, welche wegen Ehebruchs stattfinden. Auf diese leidet daher L. 39. soluto matr. noch volle Anwendung[304].

3) Compensation gegenseitigen dolus und gegenseitiger culpa in Contracten.

§. 55.

Contractsklagen werden, wie bemerkt, an sich durch den obigen Grundsaß nicht aufgehoben. Hat also A den B außer-

---

303) Vgl. Franke Beiträge zur Erläuterung einzeler Rechtsmaterien, Gött. 1828. Abh. 1. u. meine Diss. selecta de condictione furtiva capita continens Cap. 1. §. 1. p. 4. §. 2. p. 10. 11.

304) Wegen der übrigen Folgen des Ehebruchs s. unten §. 56.

halb eines Contractsverhältnisses, B den A bei einem Kaufe betrogen, so behält A gegen B seine actio venditi, B gegen den A seine actio de dolo. Auch eine exceptio doli steht hier keinem Theile zur Seite, denn diese lautet: si in ea re nihil actum est dolo malo A. A. Die gegenseitigen Entschädigungsansprüche heben einander daher nur quoad summam concurrentem auf.

Indeß wird auch auf Contracte und contractsähnliche Verhältnisse die Regel paria delicta cet. angewendet, sofern beide Contrahenten sich in demselben Contracte [305]) einen gegenseitigen dolus haben zu Schulden kommen lassen [306]). Denn hier kann man wieder sagen: ex ea lege (contractus), quam ambo contempserunt, neuter vindicetur. Es findet daher auf keiner Seite eine Klage auf Schadenersatz statt. Würde sie angestellt, so würde ihr die exceptio doli, dieser aber nicht die replicatio doli entgegenstehen [307]).

Vom gegenseitigen dolus hat man diese Grundsätze auch auf culpa und negligentia übertragen. Haben nehmlich in einem und demselben Contracte oder contractähnlichen Verhältnisse beide Theile sich eine gleiche negligentia zu Schulden kommen lassen, so hat keiner gegen den Anderen Entschädigungsansprüche [308]). Auf die Größe des Schadens kommt hierbei

---

305) Eisenbach a. a. O. §. 13. Die in den Quellen vorkommenden Beispiele (s. d. folg. Noten) rechtfertigen diese Beschränkung. Daß übrigens hier nur von dolus die Rede, ist natürlich, weil andere Verbrechen bei Contracten kaum vorkommen können.

306) L. 3. de eo per quem factum 2, 10. Si et stipulator dolo promissoris, et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit, quo minus ad judicium veniret, neutri eorum Praetor succurrere debet, ab utraque parte *dolo compensando*. L. 57. §. 3. de contr. emt. 18, 1. Quodsi uterque sciebat, et emtor et venditor, domum esse exustam, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem *compensando*.

307) L. 154. pr. de R. I.

308) L. 10. pr. h. t. Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse

nichts an[309]), wohl aber muß die negligentia des Einen der des Andern gleich sein. Hierbei fragt es sich nur, ob auf die bekannten doctrinellen Grade der negligentia zu sehen, oder der effective Grad des Verschuldens arbitrio judicis nach den concreten Umständen zu beurtheilen sei. Das Letztere würde bei der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit einer solchen Abschätzung des Verschuldens dahin führen, daß in praxi niemals Gleichheit der Schuld angenommen, mithin, in fraudem legis, niemals auf compensatio culpae erkannt werden würde[310].

Das Resultat also ist dieses, daß in Contractsverhältnissen dolus mit dolus, culpa lata mit culpa lata, culpa levis mit culpa levis, ipso jure compensirt werden.

Hat aber Einer dolos gehandelt, der Andere culpos, oder Einer eine culpa lata[311]), der Andere eine levis begangen, so muß derjenige, dem das größere Verschulden zur Last fällt, den Andern entschädigen, oder mit andern Worten, so kann derjenige, der den geringeren Grad der Schuld trägt, mit seiner Schädenfoderung wegen des größeren Verschuldens (facto hominis) compensiren, nicht aber umgekehrt[312]).

---

obligatos, ipso jure *compensatione negligentiae facta.* L. 40. §. 1. de damno inf. 39, 2. Quotiens communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil debet, cum communis rei vitio (folglich auch pari negligentia) contigerit. Quodsi, quia alter eum presserat vel oneraverat (negligentia wegen Baufälligkeit auf der einen, culpa in faciendo auf der andern Seite), idcirco id contigit, ipsum sarcire debere. Quodsi aequaliter utriusque oneribus pressus decidit (culpa in fac. auf beiden Seiten), rectissime Sabinus scripsit, utriusque causam esse. *Sed si alter plures res amiserit, vel pretiosiores?* melius est, dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem.

309) L. 40. §. 1. cit. am Ende.

310) Auch der Inhalt der L. 40. §. 1. cit. entscheidet für die doctrinellen Grade. Für diese stimmt auch Tyndarus mit Berufung auf Dinus Mug.

311) Wozu die culpa in faciendo immer gerechnet wird.

312) Dieß ergiebt sich aus L. 40. §. 1. cit. im mittelsten Satze,

An der praktischen Gültigkeit und Anwendbarkeit dieser Grundsätze läßt sich nicht zweifeln. Wenigstens läßt sie sich nicht damit bestreiten, daß das Princip, aus welchem dieselben abgeleitet seien, nicht mehr gelte, denn: cessante legis ratione non cessat lex ipsa.

4) Weitere Ausdehnung dieser Ausnahme.

§. 56.

Anwendungen dieser Grundsätze auf andere Privatansprüche aus gegenseitigen unerlaubten Handlungen gleicher Art, welche sich nicht gerade auf Entschädigung oder Privatstrafe beziehen, kommen im römischen Rechte nicht selten vor. Eine solche liegt in der exceptio vitiosae possessionis, welche den possessorischen Interdicten entgegensteht, sofern dadurch nicht nur die Entschädigungsansprüche des Klägers, sondern auch dessen Ansprüche auf cautio de non amplius turbando und Restitution des Besitzes ausgeschlossen werden [313]; welches Letztere jedoch schon nach Justinianischem Rechte [314], noch mehr aber nach den in der heutigen Praxis angenommenen Grundsätzen über spolium [315]) nicht mehr stattfindet. Aehnliche Ausdehnungen enthalten L. 2. §. 15. ne quid in loco publ. (43, 8.) [316], u. L. 7. §. 3. quod vi aut clam (43,24.) [317].

---

und aus der Analogie der über comp. des genus mit der species geltenden Grundsätze. S. oben §. 44. und 45.

313) S. hierüber Savigny's Besitz S. 443. f. S. 455. f. S. 464. f. der 5. Ausgabe.

314) §. 6. I. de interdictis 4. 15.

315) G. L. Böhmer princ. jur. canon. §. 690. 1.

316) Idem (Labeo) ait, si in publico aedificium obstet, quod tu in publico aedificaveris, cessare hoc interdictum, cum tu quoque illicite aedificaveris; nisi forte tu jure tibi concesso aedificaveris.

317) Bellissime apud Julianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto: Quod non tu vi aut clam feceris. — Et ait Julianus, aequissimum esse, hanc exceptionem dare rel. Cf. L. 13. §. 7. de damn. inf. 39, 2.

Auch die Lehre von der condictio ob turpem causam läßt sich zum Theil auf jenen Grundsatz zurückführen. Schwerlich haben jedoch hierbei die Römer an den Begriff der compensatio gedacht, mit dem wir es hier zu thun haben. Nur die allgemeine Bemerkung sei erlaubt, daß jene Ausdehnungen nicht über die in den Gesetzen ausdrücklich vorkommenden Fälle vermehrt werden dürfen, weil es uns hierzu an einem leitenden Principe gänzlich fehlt [318].

Eine neue Ausdehnung der Art hat aber das kanonische Recht durch den Grundsatz, daß der Ehegatte, welcher sich selbst eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, wegen Ehebruchs des andern die Gemeinschaft mit demselben nicht aufheben dürfe [319], angenommen, was von den Protestanten auch auf die Ehescheidung wegen Ehebruchs angewendet worden ist. In wiefern es hierbei auf Gleichheit des Verschuldens beider Theile hinsichtlich der Schwere und Anzahl der gegenseitigen Untreuen, auf Verführung, Verzeihung, vollständigen oder unvollständigen Beweis u. s. w. ankomme, gehört ins Eherecht. Hier ist nur zu bemerken, daß diese die Ehescheidung betreffenden Distinctionen in Rücksicht der aus dem Ehebruche entspringenden Vermögensnachtheile nicht in Betracht kommen können, weil wir darüber klare Gesetze haben [320], die eine solche Unterscheidung nicht rechtfertigen.

5) Compensation im Criminalrechte.

§. 57.

Sogar im Criminalrechte hat man den obigen Grundsätzen einen Einfluß verstattet, indem der Erweis eines gleichen Ver-

---

218) Hierauf deutet schon Ulpian hin, wenn er am Ende der L. 7. §. 3. cit. sagt: Quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet. Das officium judicis, welches bei den Römern den Mangel eines festen Principes ergänzte, ist gegenwärtig hierzu nicht geeignet.

319) c. 6. 7. X. de adulteriis 5, 16.

320) S. oben §. 54. am Ende.

brechens auf Seiten des Beleidigten gegen den Beleidiger einen allgemeinen Grund zur Strafmilderung abgeben, ja in manchen Fällen sogar Straflosigkeit bewirken soll[321].

Ob im älteren römischen Rechte, wo das accusatorische Verfahren die Regel ausmachte, durch mutuum delictum vielleicht auch die accusatio ausgeschlossen wurde, mag dahingestellt bleiben. Das neuere römische Recht aber und das kanonische unterstützen jene Ausdehnung nicht, da beide den Grundsatz: paria delicta mutua pensatione solvuntur, nur auf Privatansprüche beziehen. Insbesondere wird im römischen Rechte Straflosigkeit nicht einmal da angenommen, wo der Wegfall der Privatansprüche ausdrücklich anerkannt wird[322]. Eine Strafmilderung aber scheint das römische Recht bei gegenseitigem Ehebruche — jedoch nur hier — allerdings zu gestatten[323].

Nur da, wo der Schadenersatz als Milderungsgrund anerkannt ist, würde der obige Grundsatz einen Einfluß erhalten, indem vermöge desselben die gegenseitigen Entschädigungsansprüche ganz wegfielen. Da aber dieser Grundsatz bei Entschädigungsansprüchen außerhalb contractlicher Verhältnisse

---

321) S. darüber besonders Kleinschrod systemat. Darst. d. Crim. Rechts §. 92.

322) L. 2. ad L. Jul. de ad. 48, 5. Qui hoc dicit, lenocinio mariti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, *sed non est hujusmodi compensatio admissa.* L. 13. §. 5. eod. Judex adulterii ante oculos habere debet, et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim esse videtur, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, *non rem ob compensationem criminis inter utrosque communicare.* Vgl. auch L. 5. de publ. judiciis 48, 1. und hiermit L. 39. soluto matr. cit.

323) Dieß scheint sich aus dem Eingange der L. 13. §. 5. de adult. cit. zu ergeben. Nur Straflosigkeit wird am Ende dieser Stelle geleugnet. Hieraus aber ein allgemeines Princip zu machen, dürfte um so bedenklicher sein, da gerade vom Verbrechen des Ehebruchs die Rede ist.

heutzutage nicht mehr gilt, so würde auch hier nur Schadenersatz quoad summam concurrentem anzunehmen, und danach die Strafe zu bestimmen sein.

Auch die Injurien machen hiervon keine Ausnahme, sofern nehmlich von öffentlicher Bestrafung die Rede ist [324]. Nur der Wegfall der Privatgenugthuung läßt sich vertheidigen, sofern die gegenseitigen Injurien selbst, und die Art der deshalb stattfindenden Privatgenugthuung einander gleich sind.

Drittes Capitel.

Gegenseitigkeit der Foderungen [325].

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 58.

Die Foderungen, zwischen denen Compensation eintreten soll, müssen Gegenfoderungen sein, d. h. Foderungen, die sich so zu einander verhalten, daß der Gläubiger einer jeden derselben zugleich Schuldner der anderen ist. Es kann daher

---

324) Nur insofern in der erlittenen Injurie eine Reizung zur Ehrenkränkung enthalten ist, kann sie Milderungsgrund werden. Vgl. jedoch Wächter Lehrb. d. röm.-deutsch. Strafrechts Th. II. S. 107., und Tittmann Handb. d. Strafrechtsw. u. s. w. Bd. II. §. 362. S. auch das kurs. Mand. wider die Selbstrache v. 2. Juli 1712. §. 11.

325) Ueber diesen interessanten und schwierigen Theil unserer Lehre giebt es mehre besondere Abhandlungen. Vgl. J. A. Dimpfel de comp. quae ex debito vel credito tertii oritur. Traj. ad Rhen. 1740. Nic. Kollig (praes. Bodmann) de debito tertii compensando. Mogunt. 1791. Paridom Hermann Ankelmann de compensatione et speciatim de debito tertii compensando. Gott. 1791. 4. Die letztere wird mit Unrecht gewöhnlich unter den Bearbeitungen der ganzen Lehre von der comp. genannt. Das wenige Allgemeine, was ihrem eigentlichen Gegenstande vorausgeschickt wird, dient nur als Einleitung. Uebrigens ist ihr ganzer Inhalt nicht sehr bedeutend.

1) Niemand mit der einem Andern gegen seinen Gläubiger zustehenden Foderung compensiren [326]), und

2) Niemand mit einer Foderung compensiren, die ihm gegen einen Andern zusteht, als seinen Gläubiger [327]).

Das Letztere folgt schon aus dem Begriffe der compensatio, als einer fingirten Selbstbezahlung des Gläubigers. Denn diese setzt voraus, daß der Gläubiger Geld in Händen habe (oder haben müsse), womit er sich zahlen kann [328]), was aber nicht der Fall sein würde, wenn sich der Schuldner auf eine Foderung beriefe, die ihm ein Dritter zu bezahlen hat. Soll hier der Gläubiger wirklich befriedigt werden, so muß jener Dritte ihm wirklich zahlen, mithin erst noch eine vera solutio dazwischentreten. Bevor dieß geschehen, ist eine Fiction, daß der Gläubiger bezahlt sei, unmöglich. Es kann daher auch nicht einmal eine compensatio voluntaria auf solche Weise bewirkt werden, sondern, läßt sich der Gläubiger jene Berufung auf die Schuld eines Dritten gefallen, so liegt darin entweder eine Anweisung oder eine Cession von der einen, oder eine reine Verzichtleistung von der anderen Seite. Die Wirkungen dieser Uebereinkunft sind daher nach den von diesen Rechtsgeschäften, nicht aber nach den von der compensatio voluntaria geltenden Grundsätzen [329]) zu beurtheilen.

Im ersteren Falle, nehmlich wenn der Schuldner sich auf eine einem Dritten gegen seinen Gläubiger zustehende Foderung beriefe, würde eine compensatio denkbar sein, wenn der Dritte zu Gunsten des Schuldners auf seine Foderung verzichtete. Denn von diesem Augenblicke an würde der Gläubiger mit

---

326) L. 9. C. h. t. Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, compensatio fieri non potest.

327) L. 16. pr. h. t. Cum militi castrensium bonorum alius, caeterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur. Vgl. unten §. 63 not.

328) S. oben §. 2.

329) S. oben §. 29.

dem, was er jenem Dritten schuldet, sich selbst bezahlen, mithin auch fingirt werden können, creditorem sibi ipsum solvisse, vel debuisse solvere. Allein das Gesetz dehnt die Fiction der Selbstzahlung auf diesen Fall nicht aus; es verpflichtet den Gläubiger nicht, sich jene Intervention eines Dritten gefallen zu lassen, es berechtigt daher auch den Schuldner nicht, in diesem Falle zu behaupten: creditorem sibi solvisse, vel debuisse solvere. Eine solche Compensation kann daher nur durch Uebereinkunft des Gläubigers und des Schuldners begründet werden; diese Uebereinkunft aber wird allerdings den Charakter einer compensatio voluntaria, mithin auch deren Wirkungen haben: compensatio necessaria aber mit der Foderung eines Dritten findet, selbst mit Bewilligung des Letzteren, ohne Cession [330]), nicht Statt [331]).

---

330) S. unten §. 66. Da hierdurch die Bestimmung der sogleich anzuführenden L. 18. §. 1. h. t. so leicht zu umgehen ist, so fragt es sich, ob nicht die Aufhebung oder wenigstens eine Beschränkung derselben in legislativer Hinsicht zu empfehlen sei. Die Ausnahme, welche Mästertius a. a. O. qu. 9. no. 2., Brunnemann Comm. h. t. ad. l. 18., Mevius P. II. dec. 217., Lauterbach Coll. h. t. §. 9. billigen, nehmlich, wenn der Dritte ein eigenes Interesse an der Compensation habe, läßt sich gemeinrechtlich nicht vertheidigen, da durch ein solches Interesse eines Dritten die Rechte des Gläubigers nicht verändert werden können. Neuere Gesetzgebungen haben indeß aus diesem Gesichtspunkte manche einzele Ausnahmen zugelassen. S. unten §. 70.

331) L. 18. §. 1. h. t. Creditor compensare non *cogitur*, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. Aus den Worten compensare non cogitur könnte man per argumentum a contrario sogar ein positives Zeugniß dafür ableiten, daß, wenn der Gläubiger sich dieß gefallen lasse, das Geschäft für eine compensatio, nehmlich voluntaria, angesehen werden solle, wenn nicht das Wort compensare gar zu oft in ganz uneigentlichen Bedeutungen gebraucht würde.

B. Anwendung dieser Grundsätze auf Stellvertretungsverhältnisse.

§. 59.

Diese Regeln finden auch dann ihre volle Anwendung, wenn Jemand eine sogenannte duplex persona vertritt. Er kann dann nicht in der einen Eigenschaft compensiren, was er in der andern zu fodern hat, noch braucht er sich in der einen Eigenschaft die Anrechnung dessen gefallen zu lassen, was er in der andern schuldet.

Wird daher z. B. ein Vormund wegen einer ihn selbst verbindenden Schuld belangt, so kann er, ohne Cession, sich nicht auf Foderungen seines Mündels berufen; wird von ihm eine Schuld des Mündels gefodert, so kann er nicht mit eigenen, und noch viel weniger mit Foderungen eines anderen Mündels compensiren; klagt auf der andern Seite der Vormund eine Foderung des Mündels ein, so kann ihm nicht seine eigene [332]), und fodert er, was ihm gebührt, nicht die Schuld seines Mündels compensando entgegengesetzt werden.

Sogar diese einfachen, auf dem Wesen der compensatio und auf ausdrücklichen Gesetzen beruhenden, und gleichmäßig in allen andern Stellvertretungsverhältnissen geltenden Grundsätze sind nicht unbestritten geblieben. Voet [333]) nehmlich gestattet dem Vormunde nicht nur, sich, wenn er im Namen des Mündels belangt wird, auf eigene [334]), sondern auch, wenn er in eignem Namen belangt wird, auf Foderungen des Mündels zu berufen; das Erstere, weil ja der Vormund auch für den Pupillen Zahlung leisten könne, nun aber Compensation eine Zahlung sei und weil der Mündel hierdurch nur Vortheil erlange und diesen Vortheil sich nicht, wie Andere, durch Cession der

---

332) L. 23. h. t. Id, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniae, quam ipse tutor suo nomine debet.

333) l. c. no. 8. p. 727.

334) So weit stimmt auch Faber im Cod. Fabr. lib. 4. tit. 23. def. 8. bei.

Foderung des Vormundes verschaffen könne, da diese verboten sei; das zweite, weil dadurch weder der Pupill, noch der adversarius Schaden leide. Allein diese Gründe sind nicht haltbar. Der erste beweist zu viel, weil jeder Dritte für den Schuldner Zahlung leisten kann. Will man daher nicht mit Zasius [335]) geradezu das in L. 18. §. 1. h. t. ausgesprochene Princip ableugnen, so wird man es auch auf das Verhältniß zwischen Vormund und Mündel anwenden müssen. Ob der Pupill dadurch, daß der Vormund für ihn compensirt, nur Vortheil habe, wird jedenfalls eine quaestio facti sein; findet es sich aber in der That so, so kann auch eine Cession der Foderung des Vormundes an den Pupillen zum Zwecke der Compensation sehr wohl geschehen, denn nur Cessionen von Mündelfoderungen an den Tutor und von Foderungen Dritter gegen den Mündel an den Tutor sind durch Nov. 72. cap. 5. durchaus verboten, bei Cessionen der ersten Art wird es nur darauf ankommen, daß die Erfodernisse aller anderen zwischen Vormund und Mündel abzuschließenden Geschäfte beobachtet werden. Endlich kann der bloße Vortheil des Pupillen dem Gläubiger desselben das Recht nicht entziehen, welches L. 18. §. 1. h. t. ihm giebt. Compensation des Vormundes mit Foderungen des Mündels aber kann schon wegen der daraus für den Letzteren entspringenden Gefahr nicht unbedingt zugelassen werden, da diesem der Gläubiger des Vormundes leicht sicherer sein kann, als der Vormund [336]).

---

335) Ad §. 30. I. de actt. no. 24. Sein Grund ist — weil er nicht einsehe, warum die compensatio hierin von der solutio verschieden sein solle. Auf dergleichen Dinge kommt man, wenn man auf solche allgemeine Aussprüche, wie compensatio pro soluto habetur — nihil interest compensaverit vel solverit, zu viel Gewicht legt, ohne zu fragen, ob sie denn auch in jeder Beziehung wahr seien.

336) Daß nach L. 11. C. h. t. der magistratus, welcher einen Vormund bestellt hat, seine eigenen Vorschüsse für den Pupillen auf das, was der Vormund zu gewähren hat, abrechnen kann, ist ganz der Regel gemäß, denn hier erscheint der Vormund lediglich als Stellvertreter des magistratus.

Eine andere Frage ist es, ob der Gläubiger des Vormundes, oder eines anderen Verwalters fremder Güter, wenn er sich die Compensation mit einer Foderung des Pupillen oder des Gewaltgebers gefallen läßt, dadurch gegen den Letzteren liberirt werde. Diese Frage ist es, welche nach Faber's Relation 337) im Senatus Sabaudiae in Beziehung auf Procuratoren 338) bejaht wurde, weil, wer Bezahlung annehmen könne, auch compensiren könne. Faber selbst aber verneint mit Recht auch diese Frage, da ein gewaltiger Unterschied ist, ob der Verwalter eine Foderung seines Machtgebers eincassirt, oder damit auf eine eigene Schuld compensirt, d. h. dieselbe in der Absicht, sie aus seinen eigenen Mitteln zu bezahlen, erläßt. Denn im ersteren Falle bekommt der Verwalter baares Geld in die Hände, welches der Gewaltgeber, da nöthig, selbst vindiciren kann; woran sich der Verwalter nicht vergreifen kann, ohne ein Criminalverbrechen zu begehen, und bei dessen etwaniger weiterer Ausleihung er schon um seines eigenen Interesses willen vorsichtig zu Werke gehen wird. Wäre es aber dem Verwalter erlaubt, ohne Weiteres mit Foderungen seines Machtgebers auf eigene Schulden zu compensiren, so würde der Machtgeber, nachdem dieß geschehen, nur einen einfachen persönlichen Anspruch gegen den Verwalter erlangen, und diesem sich auszusetzen, dürfte der Verwalter sich gerade unter solchen Umständen am meisten versucht fühlen, wo der Gewaltgeber wegen jenes persönlichen Anspruches am wenigsten gesichert wäre.

Wie es sich endlich von selbst versteht, daß demjenigen, der in fremdem Namen klagt, Foderungen an denjenigen, für den er klagt, stets entgegengesetzt werden können, mögen sie durch ihn selbst (den klagenden Stellvertreter) contrahirt worden sein, oder nicht, so hat auch die Vertheilung einer Ver-

---

337) a. a. O. def. 17. Voet citirt diese Stelle mit Unrecht für seine Meinung, daß der Vormund auch wider den Willen seines Gläubigers mit Foderungen des Pupillen compensiren könne.

338) Dem tutor würde schon L. 25. C. de adm. tut. 37, 5. entgegenstehen.

mögensverwaltung unter mehre Administratoren 339), ja selbst die auf obrigkeitliche Anordnung vorgenommene divisio tutelae 340), auf die aequitas compensationis keinen Einfluß, sondern es können die zur Administration des einen Vormundes gehörigen Foderungen und resp. Schulden des Mündels mit denen, welche in den Geschäftskreis des andern gehören, allerdings compensirt werden.

C. Scheinbare Ausnahmen von diesen Grundsätzen:

A. im Allgemeinen.

§. 60.

Wirkliche Ausnahmen von den §. 58. aufgestellten Grundsätzen giebt es in der That nicht. Scheinbare Ausnahmen werden begründet,

1) durch die dem römischen Rechte eigenthümliche Fiction der Personeneinheit zwischen verschiedenen Personen;
2) dadurch, daß das römische Recht gewissen Personen gestattet, sich auf die einem Andern zustehende exceptio compensationis, gleichwie auf andere Exceptionen desselben, zu ihrem eigenen Schutze zu berufen;
3) dadurch, daß die exceptio compensationis, nachdem sie einmal erworben worden, gleich anderen Exceptionen und Rechten, auf diejenigen übergeht, die ihr Recht von dem Erwerber derselben ableiten (durch successio).

Diese scheinbaren Ausnahmen erfodern eine besondere Betrachtung.

---

339) Arg. L. 36. de peric. et adm. tut. 26, 7. und L. 3. de curatore bonis dando. 42, 7. Nur bei verschiedenen Verwaltern des Fiscus gelten andere Grundsätze. S. unten §. 75.

340) L. 36. de peric. et admin. cit. Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris, non differtur. Nam divisio tutelae, quae non juris est, sed jurisdictionis, modum administrationi facit, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

B. Insbesondere.

1) Wegen Personen = Einheit.

§. 61.

Der einzige noch praktische Fall der Personen-Einheit ist das Verhältniß zwischen dem filiusfamilias und dem paterfamilias, abgesehen von einem dem Ersteren etwa zustehenden peculium castrense oder adventitium [341].

Foderungen des Haussohnes nun, welche nicht zu diesen Peculien gehören, gehören dem Vater, insonderheit auch diejenigen, welche durch ein peculium a patre concessum (profectitium) erworben worden sind. Wird daher der Vater wegen eigener Schulden belangt, so kann er mit Foderungen des peculii concessi compensiren, muß sich aber auch gefallen lassen, daß dem ex peculio klagenden Haussohne seine (des Vaters) Schulden angerechnet werden, weil das Gezahlte doch in sein Vermögen übergehen würde.

Schulden des Haussohnes aber, welche ratione peculii eingegangen sind und eingegangen werden konnten, verpflichten den Vater nur in so weit, als das peculium reicht. Klagt daher der Vater eine eigene Foderung ein, so kann ihm eine Schuld des Sohnes nur peculiotenus angerechnet werden [342]. Klagt aber der Vater eine Foderung des filiusfamilias ein, so muß er sich ausnahmsweise die Anrechnung der ratione pe-

---

341) Hinsichtlich des peculii castrensis nehmlich sind die Personen des Vaters und des Sohnes ganz getrennt. Beim pecul. adventitium ist der Vater Stellvertreter des Sohnes; es leiden also darauf die §. 59. vorgetragenen Regeln Anwendung. Der Grund, welchen Bellojus a. a. O. p. 730. col. a. für das Gegentheil anführt: „quia eadem est affectionis ratio", ist nicht beweisend, weil es hier nicht auf die affectio, sondern auf die unitas personae ankommt.

342) Arg. L. 19. h. t. Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit. Obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio *peculii fini*, quod servus publicus habebit.

culii contrahirten Schulden in solidum gefallen lassen, wenn auch das peculium nicht ausreicht [343]. Es ist dieß eine Ausdehnung der bei der actio tributoria geltenden Grundsätze [344]) nach Analogie der im altrömischen Concursverfahren überhaupt geltenden Rechte [345]). Die Meisten suchen diese Ausnahme aus dem Satze etiam quod natura debetur, venit in compensationem zu erklären. Allein schwerlich dürfte sich erweisen lassen, daß der Vater naturaliter ultra peculium gehalten sei. Eben so wenig lassen sich die von Manchen aufgestellten willkürlichen Beschränkungen dieser Ausnahme vertheidigen. So setzt Tyndarus [346]) mit der Glosse ratihabirte Schulden voraus, Cujacius [347]), dem auch v. Wening-Ingenheim folgt, Gegenfoderungen ex pari causa, Bellojus [348]) eine zwischen dem Vater und dem Sohne selbst stattfindende societas. Zu allen diesen Beschränkungen enthalten die Gesetze nicht die geringste Veranlassung.

Wird endlich der Vater de peculio belangt, so steht es ihm natürlich frei, seine eigenen Foderungen so gut als Foderungen des Sohnes zur Compensation zu bringen. Klagt aber der peculiarische Gläubiger gegen den Sohn, so muß er sich zwar auch von diesem die Berufung auf Foderungen des Vaters gefallen lassen, aber nur, wenn der Sohn de rato cavirt [349]).

---

343) L. 9. pr. h. t. Si cum filiofamilias vel servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus; quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur.

344) L. 1. pr. de tribut. 14, 4.

345) Gajus l. c. §. 65. ff.

346) l. c. art. 7. no. 7.

347) ad lib. 32 Pauli ad edictum.

348) l. c. p. 731.

349) L. 9. §. 1. h. t Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis

2) Compensatio ex jure tertii

a) bei verbürgten Foderungen.

§. 62.

Nicht Jeder, der ein Interesse daran hat, daß die Schuld eines Andern getilgt sei, kann sich darauf, daß diesem Gegenfoderungen zustehen, berufen, obgleich dieser dadurch die exceptio compensationis gegen seinen Gläubiger allerdings erworben hat[350]. Nur denen ist die Berufung auf eine einem Andern zustehende exc. compensationis (tacitae) zu ihrem eigenen Schutze gestattet, an deren Sicherheit derjenige, welcher die exc. comp. erworben hat, ein eignes Interesse hat[351]. Dieß gilt nun zuvörderst von dem Bürgen[352]. Denn

---

est admittendum, quia unus contractus est: sed cum conditione, ut caveat, patrem suum ratum habiturum, quod is compensaverit. Die Worte quia unus contractus est haben Anstoß erregt. Bellojus schlägt daher vor, quia *unius* contractus est, zu lesen, wodurch aber wenig gebessert wird. Der Sinn ist in beiden Fällen: weil es bei der zwischen Vater und Sohn stattfindenden Personeneinheit einerlei ist, ob der Sohn oder der Vater contrahirt habe. Vgl. Cujacius recitt. solenn. ad L. 9. C. h. t. A. Fabri rationalia ad L. 9. §. 1. h. t. Voet a. a. O. no. 10. p. 728. behauptet, unter Berufung auf Grönewegen, daß die Disposition der L. 9. §. 1. h. t. nicht mehr in Gebrauch sei, wohl ohne Grund, sofern nur die hier vorausgesetzten Verhältnisse noch vorkommen.

350) S. oben §. 27 — 29. Schon Mevius a. a. O. P. VIII. dec. 167. sagt: Cujus itaque, praesertim tertii, interest, hanc (compensationem) esse factam, illi non sufficit, mutuum esse creditum, und P. II. dec. 217. Exc. compens. competit ex debito alterius, *cujus* ita compensari interest.

351) S. bes. die schon oben angeführten L. 21. §. 6. L. 23. de pactis. 2, 14. L. 6. L. 7. ad Sct. Vellej. 16, 1. L. 9. §. 3. de Scto Maced. 14, 6. verbis: qui et ipsi mandati habent regressum.

352) Daß hier nicht eigentlich von Compensation zwischen Foderung und Schuld verschiedener Personen (des Hauptschuldners und des

könnte dieser nicht mit der Behauptung, daß der Hauptschuldner Gegenfoderungen habe, daß ihm daher die exceptio compensationis zustehe, sich schützen, so würde diese exceptio auch dem Hauptschuldner unnütz werden, weil er den regredirenden Bürgen entschädigen müßte. Dem Bürgen wird daher auch ganz allgemein die Berufung auf Gegenfoderungen des Hauptschuldners gestattet [353]. Es läßt sich dieß allerdings auch aus der Natur der Bürgschaft, als einer obligatio accessoria, ableiten. Allein dieß ist, wenigstens im Justinianischen Rechte, nicht Hauptgesichtspunkt, sondern nur das Interesse des Hauptschuldners. Man hat daher auch nicht nöthig, mit der Glosse zu unterscheiden, ob der Bürge sich unbestimmt in id, quod reus debet, oder für eine bestimmte Summe verbürgt habe [354]. In beiden Fällen ist das Interesse des Hauptschuldners gleich. Indessen kommt es hier nur auf das rechts-

---

Bürgen), sondern nur von Berufung auf die einem Dritten zustehende exc. comp. die Rede sei, haben schon ältere Praktiker bemerkt, während die Theoretiker hauptsächlich von dem ersteren Gesichtspunkte ausgehen. So sagt Christinäus decis. Belg. Vol. III. dec. 40. no. 4. compensationis exceptio transit in fidejussorem, quia omnes exceptiones rei cohaerentes transeunt in fidej. Daß die exc. comp. eine rei cohaerens sei, zeigt Zanger de exceptt. P. III. c. 8. no. 34, und Mevius P. II. dec. 216. Rei cohaerentes sind nehmlich alle, die nicht ausdrücklich auf die Person beschränkt sind.

353) L. 4. h. t. Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Zur Interpretation dieser Stelle, besonders der Worte ipso jure in derselben, vgl. oben §. 15. Vgl. auch L. 5. eod.

354) Mästertius a. a. O. qu. 5. no. 2. gegen Accursius ad L. 4. h. t. Die Behauptung des Accursius ging aber eigentlich dahin, daß nur im ersteren Falle hier die comp. ipso jure stattfinde, im letzteren per exceptionem. Indeß auch dem würden die Worte: ex omni contractu, widersprechen, wenn überhaupt in L. 4. cit. die Frage entschieden würde, ob die comp. hier ipso jure oder per except. stattfinde.

liche Interesse des Hauptschuldners an, nicht auf das factische. Gesetzt daher, der Hauptschuldner wäre so insolvent, daß jeder Regreßanspruch gegen denselben wegen reinen Sachmangels unausführbar wäre, so würde dessenungeachtet der Bürge sich auf Gegenfoderungen desselben berufen können [355]. Befindet sich aber der Hauptschuldner in formellem Concurse, so kann der Bürge sich gegen dessen Gläubiger allerdings nur in soweit der exceptio compensationis bedienen, als die Compensation im Concurse überhaupt möglich ist [356]. Denn nur in soweit wird der Hauptschuldner dadurch für immer liberirt, der Bürge kann sich aber nur auf die dem Hauptschuldner zustehende exc. comp. berufen. Bei der fidejussio donandi animo wird sich der Bürge freilich auf Foderungen des Hauptschuldners nicht berufen können, theils weil hier der Hauptschuldner an seiner Befreiung kein juristisches (wenn auch ein moralisches) Interesse hat, theils weil die fidej. don. animo in der Regel eine für den Hauptschuldner unverbindliche, mithin incompensable Schuld voraussetzt. Hätte aber der Hauptschuldner hier freiwillig compensandi animo eine Foderung gegen seinen Gläubiger aufgegeben, so würde die Berufung auf diese compensatio expressa auch dem fidejussor donandi animo nicht zu verweigern sein [357].

Der Hauptschuldner kann sich auf Foderungen des Bürgen nicht compensando berufen, weil dieser, der Bürge, so lange er nicht selbst in Anspruch genommen wird, kein Interesse hat, daß der Hauptschuldner befreit sei. Wohl aber muß sich der Hauptschuldner auf die compensatio expressa des Bürgen,

---

355) Mevius a. a. O. P. I. dec. 216. Warum aber Sebast. Medicis a. a. O. P. II. qu. 4. no. 6. behauptet, der Bürge könne sich nur dann, wenn der Hauptschuldner insolvent sei, auf dessen Gegenfoderungen berufen, läßt sich nicht einsehen. Vgl. Mästertius a. a. O. qu. 5. no. 2.

356) Mevius a. a. O. P. II. dec. 216. Vgl. unten §. 68 und 69.

357) Denn nun ist der Gläubiger in jeder Hinsicht bezahlt. Er kann aber nicht zweimal Zahlung fodern. Vgl. oben §. 28. 29.

d. h. auf den Umstand, daß dieser sich mit einer eignen Foderung gegen die Klage des Gläubigers geschützt habe, berufen können, weil er durch diese comp. expressa sofort den Regreßansprüchen des Bürgen ausgesetzt wird [358]).

Daß der Bürge mit eigenen Foderungen compensiren kann, folgt natürlich daraus, daß er, sobald er in die Lage kommt, von dem Gläubiger belangt werden zu können, selbst Schuldner des Gläubigers wird [359]). Die Wirkungen der compensatio datiren sich hier von dem Momente an, in welchem der Gläubiger zuerst gegen den Bürgen klagen konnte, — denn vorher war dessen Foderung von dem Bürgen nicht exigibel, — mithin, wo das beneficium excussionis stattfindet, von der excussio an. Von demselben Momente an wird sich auch der Gläubiger auf die verbürgte Schuld gegen den klagenden Bürgen compensando berufen können [360]).

Was von dem Bürgen gilt, dürfte auch von dem dritten Pfandbesitzer zu behaupten sein, da auch an dessen Befreiung der Schuldner wegen möglicher Evictionsansprüche ein Interesse hat, und auch der dritte Pfandbesitzer sich durch Bezahlung der Schuld von der Herausgabe des Pfandes befreien kann.

b) Bei Correalobligationen.

§. 63.

Wenden wir das im vorigen §. an die Spitze gestellte Princip auf Correalschulden an, so wird es darauf ankommen, ob ein correus den andern, welcher das Ganze bezahlt hat, antheilsweise zu entschädigen verbunden ist. Denn ist dieß der Fall, so hat er ein gleiches Interesse, wie der Hauptschuldner

---

358) S. oben §. 28. Als eine positive Analogie läßt sich auch L. 25. de pactis 2, 14. anführen.

359) L. 5. h. t. Si quid a fidejussore petatur, aequissimum est, eligere fidejussorem quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

360) Vgl. über die Rechte der Bürgen auch noch unten §. 83. u. 84.

gegen den Bürgen, daß auch der andere correus sich durch Berufung auf ihm, dem ersteren, zustehende Gegenfoderungen gegen das Verlangen der Zahlung schützen könne. Daß nun eine solche Entschädigungsverbindlichkeit zwischen correis debendi an sich nicht stattfinde, darüber sind jetzt wohl alle Rechtslehrer einverstanden [361]). Denn die Correalobligation findet nur statt zwischen den mehren Schuldnern auf der einen und dem Gläubiger auf der andern Seite. Das Verhältniß der Ersteren unter sich wird von derselben an sich gar nicht berührt. Soll also eine solche Entschädigungsverbindlichkeit zwischen ihnen stattfinden, so muß ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen ihnen bestehen, welches dieselbe begründet, und dieß kann, wenn dadurch eine gegenseitige Entschädigungsverbindlichkeit hervorgebracht werden soll, stets unter der Form der societas gedacht werden [361a]), sei es nun, daß unter den correis auch in anderen Beziehungen ein Societätsverhältniß stattfinde, oder sich diese societas nur auf die fragliche Correalschuld beschränke. Correi socii ist daher der Kunstausdruck für correi, welche einander zu entschädigen verbunden sind [362]). Eine solche societas unius rei wird aber

361) Die neuerlich von Wilh. Sell in Linde Zeitschr. Bd. 3. H. 3. Bd. 4. H. 1. dagegen vorgebrachten Gründe sind nicht von Gewicht. Von der L. 2. C. de duob. reis s. unten not. 363. Daß das benef. divis. den wechselseitigen Bürgen nur als Ersatz für die sonst stattfindende Regreßklage gestattet sei, ist nicht erweislich; die übrigen Gründe stützen sich nur auf Billigkeit und gelten de lege ferenda. Vgl. dagegen v. Schröter in Linde Zeitschr. Bd. 6. H. 3. no. XII. 1.

361a) Gajus III, 122. Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleja *quandam societatem* introduxit, nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo, quod amplius dederit, adversus caeteros actionem habet.

362) Davon wird man sich durch Vergleichung folgender Stellen überzeugen: L. 25. pr. L. 27. pr. de pactis 2, 14. L. 62. pr. ad L. Falcid. 35, 2. L. 34. pr. de receptis. 4, 8. L. 3. §. 3. de liberat. legata. 34, 3. L. 9. §. 1. L. 10. de duob. reis. 45, 2.

zwischen correis, die sich vertragsmäßig solidarisch verpflichten, in der Regel anzunehmen sein[363]). Dieß vorausgesetzt erhält nun die L. 10. de duobus reis (45, 2): Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri pecuniam debet, einen verständigen, und den allgemeinen Grundsätzen völlig angemessenen Sinn. Per argumentum a contrario nehmlich folgt daraus, daß, wenn correi socii sind, d. h. wenn Einer den Andern wegen des Gezahlten zu seinem Antheile entschädigen muß, sich jeder auf Gegenfoderungen des Andern, und auf die dem letzteren dadurch erworbene exceptio compensationis (tacitae), wie auf alle Exceptionen desselben berufen könne, weil diese sonst auch dem Letzteren unnütz sein würden[364]). Ebendeshalb wird aber auch jeder correus, sobald er eine Gegenfoderung gegen den Gläubiger erlangt, welche compensabel ist, seinen Regreßanspruch gegen den andern erheben können. Sind aber die correi nicht socii in dem obigen Sinne, so kann sich der Eine nur auf die compensatio expressa des Andern berufen[365]).

---

363) Auf diesen Fall bezieht sich L. 2. C. de duob. reis. 8, 40. v. Et ideo, si probaveris, te conventum in solidum exsolvisse, Rector provinciae juvare te adversus eum, *cum quo communiter mutuam pecuniam suscepisti*, non cunctabitur. Wo ein gemeinsames Interesse zur solidarischen Verpflichtung Veranlassung gegeben hat, kann an dem Bestehen einer solchen societas niemals gezweifelt werden.

364) Glück Erl. d. Pand. Bd. 15. S. 98. leitet diesen Satz aus der unitas obligationis ab. Obwohl nun eine solche unitas obligationis sich nicht bestreiten läßt (L. 9. pr. de pactis), so läßt sich doch die gegenseitige Compensation hieraus nicht ableiten, theils weil sie sonst eintreten müßte, gleichviel ob die correi socii seien, oder nicht, theils weil wegen der unitas obligationis die oblig. correalis nur durch solche Handlungen oder Verhältnisse des einen correus erlischt, welche die Foderung mit Nothwendigkeit aufheben; nicht einmal durch confusio, capitis deminutio vollständig. Vgl. auch Ribbentropp zur Lehre v. den Correalobligationen §. 1—8.

365) Der Code civil §. 1294. spricht den correis das Compensa-

Das Letztere dürfte auch von correis sociis zu behaupten sein, denen das beneficium divisionis zusteht. Denn L. 10. cit. spricht nur von der reinen Correalobligation und konnte ihrer ursprünglichen Fassung nach nur von dieser sprechen, weil sie lange vor Einführung des benef. divisionis geschrieben ist. Durch das benef. divis. leidet aber das Wesen der Correalverbindlichkeit eine Aenderung, die gerade hier von der größten Wichtigkeit ist. Denn durch das benef. divis. ist jeder correus schon hinreichend gegen die Regreßansprüche des Andern gesichert. Es fällt daher nunmehr das Interesse weg, welches er ohne jenes beneficium daran hat, daß der Andere sich mit einer ihm selbst zustehenden Einrede vertheidigen könne; der in Anspruch genommene correus tritt dadurch zu dem Andern, so viel dessen Antheil betrifft, in das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner [366]) und scheint sich daher auch auf dessen Foderungen nur als Bürge, d. h. in sofern berufen zu können, als er auf dessen Antheil belangt werden kann, nehmlich nach vergeblich gebrauchtem beneficium divisionis. Hat aber der andere correus facto hominis auf die ganze Schuld compensirt, nun so ist der Gläubiger bezahlt [367]), und Bezahlung befreit den andern correus auch da, wo das benef. divisionis stattfindet.

Gegen einen correus debendi kann der gemeinschaftliche Gläubiger mit der Correalschuld in so weit compensiren, als er dieselbe (je nachdem das benef. divisionis stattfindet, oder nicht) sofort von demselben bezahlt verlangen kann.

Ob dem Schuldner, welcher von einem correus credendi belangt wird, die Berufung auf Gegenfoderungen an einen anderen correus credendi zu gestatten sei, dürfte bei dem Schweigen der Gesetze zu bezweifeln sein. Nur compensatio expressa kann ihn von seiner Verbindlichkeit auch gegen den anderen correus credendi befreien. Daß endlich bei proratischen Schulden (z. B. Erbschaftsschulden mehrer Mit-

---

tionsrecht ganz, das preuß. Landrecht a. a. O. §. 306. in der Regel ab.

366) Nov. 99. c. 1. am Eingange. 367) S. oben §. 28. 29.

erben [368])) der auf seine rata Belangte Foderungen des Andern gar nicht, und gemeinschaftliche nur pro rata zur Compensation bringen könne, würde kaum der Erwähnung verdienen, wenn man nicht bei Societätsschulden [369]), insonderheit bei einer societas omnium bonorum [370]), eine Ausnahme gemacht hätte. Diese Ausnahme aber ist falsch, da die societas an sich nur zwischen den sociis Wirkungen hat, in Beziehung auf Dritte so gut wie nicht da ist. Die Gesetze, auf die man sich beruft, setzen alle eine Correalverbindlichkeit voraus [371]) und lassen sich, wenn man diese Voraussetzung wegläßt, eben so gut auf societas unius rei, als auf soc. omn. bonor. beziehen. Augenscheinlich ist dieser Irrthum nur daraus entstanden, daß man das Wort socii in der L. 10. cit. nicht gehörig zu deuten wußte und daher das Societätsverhältniß nach dieser Stelle für den einzigen, selbständigen Grund hielt, weshalb der correus sich auf Gegenfoderungen des Andern berufen könne.

3) Wegen successio

a) universalis.

§. 64.

Daß die exceptio compensationis, gleich allen anderen nicht rein persönlichen Rechten, auf die Erben und gegen die

---

368) Der Vollständigkeit wegen möge hier nach Anleitung von L. 16. pr. h. t. die Bemerkung Platz finden, daß Erben, deren Einer im peculio castrensi, der Andere in dem übrigen Vermögen eingesetzt ist, nicht als Miterben gelten, mithin sich auch nicht einmal pro rata auf eine in die Masse des Andern gehörende Gegenfoderung berufen können.

369) Ankelmann a. a. O. §. 20. no. 3. führt dieß als etwas ganz Ausgemachtes, ohne Angabe eines Grundes, an.

370) Voet a. a. O. no. 10. Struv. synt. h. t. th. 25.

371) Etwas Anderes ist es daher, wenn Societätsschulden nach dem Gesetze Correalschulden sind, wie z. B. schon nach röm. Rechte bei den Argentarien, Navicularien u. s. w. L. 25. pr. L. 27. pr. de pactis 2, 14. L. 34. de receptis 4, 8.

Erben übergehe, wird Niemand bestreiten. Zum Ueberflusse haben wir dafür die gesetzliche Disposition der L. 3. C. de contr. jud. tut. (5, 58). Es werden aber auch vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers an alle Foderungen und Schulden des Letzteren, welche noch existiren, Foderungen und Schulden des Erben, mithin Gegenfoderungen von dessen eigenen Schulden und Foderungen.

Der Erbe kann daher mit Erbschaftsfoderungen sowohl auf ererbte als auch auf eigene Schulden compensiren und muß sich bei der Einklagung sowohl seiner eigenen als auch der Erbschaftsfoderungen die Anrechnung der Erbschaftsschulden gefallen lassen. Doch werden die Wirkungen der Compensation zwischen Erbschaftsfoderungen und eigenen Schulden des Erben, oder Erbschaftsschulden und eigenen Foderungen des Erben immer nur erst vom Tode des Erblassers zu datiren sein, sollten auch beide bereits vorher fällig gewesen sein, weil erst von diesem Zeitpunkte an sie Gegenfoderungen waren, mithin die Compensation unter ihnen erst in diesem Zeitpunkte eintreten konnte.

Es versteht sich jedoch, daß hierbei solche Foderungen und Schulden vorauszusetzen sind, die wirklich und vollständig auf den Erben übergehen. Auf eine rein persönliche Schuld des Erblassers kann man sich gegen den Erben nur berufen, wenn sie bereits bei Lebzeiten des Erblassers in judicium deducirt, oder der Erblasser wenigstens in mora war. Gehen vermöge des beneficii inventarii oder ähnlicher Rechtswohlthaten die Schulden des Erblassers nicht vollständig auf den Erben über, so dürften folgende Regeln sich selbst rechtfertigen.

Klagt der Erbe Erbschaftsactiva ein, welche schon vor des Erblassers Tode fällig waren, so können ihm Erbschaftsschulden, die ebenfalls schon vor des Erblassers Tode fällig waren, in solidum angerechnet werden. Denn hier hatte der Schuldner die exceptio compensationis schon gegen den Erblasser erworben; er hatte bereits das Recht, die Schuld als getilgt zu betrachten, und dieses Recht geht in heredem über.

Mit solchen Erbschaftsschulden aber, die erst nach des Erblassers Tode fällig geworden sind, ingleichen auf eigene Foderungen des Erben, oder auf solche Erbschaftsactiva, die erst nach des Erblassers Tode fällig geworden sind, können Erbschaftsgläubiger nur in so weit compensiren, als der Erbe die Erbschaft zu vertreten hat. Ist dieß, ohne daß dem Erben dabei etwas zur Last fällt, noch ungewiß, so muß die Compensation, ebensowohl wie die Klage, bis zur Regulirung der Erbschaft sistirt werden [372].

Wird dagegen der Erbe belangt, sei es wegen eigener oder wegen Erbschaftsschulden, so kann er sowohl eigene als Erbschaftsfoderungen stets in solidum zur Compensation bringen, die letzteren müßten denn nach den obigen Grundsätzen bereits vor des Erblassers Tode durch andere Gegenfoderungen erloschen sein.

Aehnliche Grundsätze gelten bei jeder successio per universitatem.

b) Successio singularis.

aa) Compensation bei Cessionen.

§. 65.

Daß der Cessionar mit der cedirten Foderung — natürlich auf eine eigene Schuld — gegen den debitor cessus compensiren könne, dafür haben wir ein ausdrückliches Gesetz [373].

---

372) Dieß scheint dem Satze: nam et si quis adversus petentem compensatione usus est, petiisse eum videri (L. 15. ratam rem haberi 46, 8.), und dem Wesen des benef. inventarii am angemessensten zu sein. Der Erfolg ist wie bei der Comp. mit bedingten Foderungen. Andere, nehmlich Mevius P. I. dec. 121. 124. Faber Cod. l. c. def. 9. Voet l. c. no. 11. p. 728a, lassen die Compensation gegen eine cautio de restituendo hier zu, wofür sich aber schwerlich eine gesetzliche Rechtsanalogie auffinden lassen dürfte. Das preuß. Landrecht a. a. O. §. 312. hat aber diese Ansicht adoptirt.

373) L. 18. pr. h. t. In rem suam procurator datus post litem

Zwar scheint dieses den Cessionar nur dann hierzu zu berechtigen, wenn er die cedirte Foderung schon in litem deducirt hat. Allein dieß ist offenbar ein Ueberbleibsel des älteren Rechtes, wonach der Cessionar nur als procurator in rem suam angesehen wurde und erst durch litis contestatio das dominium litis erhielt. Die Stelle der litis contestatio vertritt aber nach neuerem Rechte eine bloße denunciatio [374]), welche in der Vorschützung der exceptio compensationis jedenfalls liegt. Will man aber durchaus die Erklärung einer Pandektenstelle nach altem Rechte nicht gestatten, nun so sagt die L. 18. cit. ja keineswegs, daß der procurator in rem suam nur post litem contestatam compensiren könne. Daß er es aber auch post litem contestatam könne, darüber kann nach L. 8. h. t. kein Zweifel sein.

Dessenungeachtet ist selbst dieser Satz nicht unbestritten geblieben. Man fand nehmlich, daß dadurch die Regel: ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, compensatio fieri non potest, eludirt werden könne. Mevius [375]) spricht daher dem Cessionar das Compensationsrecht gegen den deb. cessus ganz ab, dieser müßte ihn denn ausdrücklich für seinen Gläubiger anerkannt haben. Andere [376]) gestatten ihm die Compensation nur dann, wenn er actione utili, nicht mandata, klage, wenn die Cession eine onerose sei, und der Cessionar die Foderung nicht in fraudem des deb. cessus erhandelt habe. Der Widerlegung dieser auf reiner Willkür beruhenden

---

contestatam, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur. Die versch. Auslegungsversuche s. bei Mästertius a. a. O. qu. 7. §. 4—6. Huber praelectt. ad pand. h. t. §. 10. Cujacius obs. lib. 24. c. 37.

374) Dieß bemerkt schon die Glosse ad h. l. mit den Worten: post litis contestationem vel acceptionem partis, vel denunciationem.

375) l. c. P. VII. dec. 262. P. III. dec. 58. Derselbe gestattet aber freilich auch dem, der für einen Andern, wider dessen Willen, gegen Cession bezahlt hat, kein Klagrecht. P. II. dec. 131.

376) S. unten not. 379.

Distinctionen können wir uns hier[377]), wo wir ein Gesetz für uns haben, füglich überheben. Nur gegen die letztgedachte Beschränkung ist zu erinnern, daß qui jure suo utitur, nemini injuriam facit, nun aber es nirgends verboten ist, Foderungen an seinen Gläubiger zu erkaufen, und daß dem deb. cessus dadurch ein rechtlicher Nachtheil überall nicht erwachsen kann, indem die Wirkungen der Compensation natürlich erst von dem Momente an eintreten, wo der Cessionar das selbständige Recht zur Einfoderung der cedirten Foderung erworben hat, und er daher, wenn dieß erst im Verlaufe des von dem deb. cessus bereits gegen ihn begonnenen Processes geschehen ist, diesem die bis dahin erwachsenen Proceßkosten erstatten muß[378]).

Zweifelhafter könnte es scheinen, ob der debitor cessus gegen den Cessionar sich auf Foderungen gegen den Cedenten berufen könne, da hierüber directe gesetzliche Bestimmungen nicht vorhanden sind. Bei den Glossatoren und den älteren Schriftstellern finden sich auch hier die Unterscheidungen zwischen actio mandata und utilis, zwischen cessio onerosa und lucrativa, aber in umgekehrter Anwendung. Es soll nehmlich dem Cessionar eine Foderung gegen den Cedenten nur dann entgegengesetzt werden können, wenn sie entweder dem Cedenten selbst schon vor der Cession entgegengesetzt war, oder der Cessionar actione mandata klage, oder die Cession eine lucrativa war. Diese Ansicht wird von den ausgezeichnetsten älteren Schriftstellern als die in praxi recipirte angeführt, jedoch zugleich ihre Richtigkeit von ihnen bestritten[379]), und

---

377) S. jedoch unten Anm. 379 u. 380.

378) Nur versteht sich, daß die Cession eine gültige sein muß. Es ist daher weder ein Gegenargument noch eine Ausnahme, daß Vormünder gegen ihre Mündel sich nicht auf cedirte Foderungen berufen können (Nov. 72. c. 5.), was man auch auf administratores fisci auszudehnen pflegt. Wernher lectiss. comm. T. I. P. II. c. 377.

379) Tyndarus a. a. O. art. 7. no. 4. Carpzov Dec. P. III. dec. 255. no. 18. sq., welcher fälschlich bei den späteren Schrift-

das mit Recht. Denn ob zuvörderst die Gegenfoderung vom deb. cessus gegen den Cedenten schon geltend gemacht worden war, oder nicht, darauf kann nichts ankommen, weil die exc. compensationis schon durch die bloße Existenz einer compensablen Gegenfoderung begründet und erworben wird, mithin, wenn sie überhaupt gegen den Cessionar übergeht, ohne Berufung auf dieselbe übergehen muß. Die Unterscheidung zwischen der actio mandata und utilis des Cessionars ist seit Mühlenbruch's trefflicher Widerlegung derselben [380]) wohl allgemein aufgegeben; und ob die Cession eine onerosa oder eine lucrativa sei, dadurch können wohl schwerlich die Rechte eines Dritten, des deb. cessus, verändert werden.

Für die Meinung, daß der debitor cessus sich ohne Rücksicht auf dergleichen Distinctionen gegen den Cessionar auf Foderungen gegen den Cedenten berufen könne, lassen sich verschiedene Gründe anführen. Der erste ist, daß durch die Cession die Lage des deb. cessus nicht verschlimmert werden dürfe [381]). Allein dieser läßt sich nicht allgemein behaupten, denn rein persönliche Einreden gegen den Cedenten können dem Cessionar allerdings nicht entgegengesetzt werden, und eben so wenig kann sich der deb. cessus gegen den Cessionar auf solche Einreden berufen, die er erst nach der Cession gegen den Cedenten erworben haben würde, wenn diese nicht geschehen wäre. Dergleichen Schmälerungen des deb. cessus sind von der Zulassung der Cessionen überhaupt unzertrennlich.

Zwei Hauptgründe aber scheinen entscheidend zu sein, nehmlich erstlich, daß durch die Existenz einer compensablen

---

stellern als Vertheidiger dieser Ansicht genannt wird; Mevius a. a. O. P. IV. dec. 140., welcher jedoch in favorem dotis die Compensation für unzulässig erklärt, wenn der Vater seiner Tochter eine Foderung in dotem cedirt habe. P. VIII. dec. 486. Berger el. disc. forensium tit. 11. Der von Berger bearbeitete Entwurf der kursächs. erläut. Proceßordn. bestätigte das Compensationsrecht des deb. cessus gegen den Cessionar ausdrücklich.

380) Cession §. 40. 41. S. 440. ff.

381) Diesen braucht Tyndarus a. a. O.

Gegenfoderung die Foderung ipso jure [382]) eine obligatio inefficax wird [383]): eine solche aber nicht mehr gültig cedirt werden kann [384]); zweitens, daß der deb. cessus durch die bloße Existenz einer Gegenfoderung die exceptio compensationis gegen den Cedenten erwirbt, nun aber alle Einreden, die dem deb. cessus gegen den Cedenten schon vor der Cession zustanden, auch dem Cessionar entgegengesetzt werden können, dafern sie nicht ausdrücklich auf die Person beschränkt sind. Beide Gründe sagen eigentlich mit verschiedenen Worten das Nehmliche, sie enthalten aber auch zugleich eine Beschränkung, nehmlich, daß schon vor dem Momente, in welchem die cedirte Foderung in Beziehung auf den deb. cessus auf den Cessionar überging, sowohl diese selbst, als auch die Gegenfoderung des deb. cessus exigibel gewesen sein müsse [385]).

Es kommt daher nur noch darauf an, diesen Zeitpunkt genauer zu bestimmen. Dieß ist aber im Allgemeinen der Zeitpunkt, in welchem der debitor cessus von der Cession glaub-

---

382) Wo daher die compensatio nur facto hominis eintreten kann (vgl. oben §. 3.), da wird allerdings der Cession eine Erklärung des Schuldners, compensiren zu wollen, vorausgehen müssen, wenn er die exc. comp. gegen den Cessionar vorschützen will. Denn in diesen Fällen wird die exc. comp. erst durch diese Erklärung erworben.

383) Mühlenbruch Cession §. 60. S. 568. ff. Ankelmann a. a. O. §. 2. Mästertius a. a. O. qu. 7. §. 1. Der Satz nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet, worauf sich Mästertius und Brunnemann de cess. actt. c. ult. no. 4. berufen, sagt ungefähr dasselbe.

384) Arg. L. 112. de R. I. L. 3. §. 1. de pecun. const. 13, 5. L. 14. h. t. L. 23. §. 1. de hered. vel act. vend. 18, 4.

385) Es versteht sich daher, daß der Cedent, wenn er eine solche Gegenfoderung nicht beim Cessionsgeschäfte selbst abgerechnet hat, den Cessionar wegen des Ausfalles, den er dadurch erleidet, entschädigen muß. L. 23. §. 1. de her. vel act. vend. 18, 4. Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur.

hafte Nachricht erhielt [386]). Dieser Zeitpunkt wird daher auch bei der Compensation zu berücksichtigen sein [387]). Denn bis zu diesem Zeitpunkte war der deb. cessus befugt, den Cedenten als seinen Gläubiger, mithin seine Schuld durch Gegenfoderungen an diesen für erloschen anzusehen. Auch steht es ja ganz in der Gewalt des Cessionars, den deb. cessus sofort von der Cession zu benachrichtigen, und hierdurch fernere Compensationen mit Foderungen an den Cedenten abzuschneiden.

Das Resultat ist also: der deb. cessus kann gegen den Cessionar mit Foderungen an den Cedenten compensiren, welche exigibel wurden, bevor er von der Cession glaubhafte Nachricht erhielt, vorausgesetzt, daß auch seine Foderung schon damals exigibel war [388]).

Von demselben Augenblicke an werden aber auch alle Foderungen des debitor cessus an den Cessionar Gegenfoderungen der cedirten Foderung. Er wird daher auch mit solchen gegen den Letzteren compensiren können. Hierbei kann auf den Zeitpunkt, wann diese fällig geworden sind, nichts ankommen, dafern sie nur jetzt fällig sind. Indessen wird allerdings die Wirkung der Compensation zwischen der cedirten Foderung und einer Foderung an den Cessionar, welche vor jenem Zeitpunkte fällig war, erst von diesem Zeitpunkte zu datiren sein, weil vorher diese beiden Foderungen nicht Gegenfoderungen waren, mithin Compensation zwischen denselben nicht eintreten konnte.

---

386) Streitig ist nur, ob dieß durch den Cessionar selbst geschehen müsse oder nicht. Für das Letztere scheint L. ult. de transactt. 2, 15. entscheidend, wo zwar von einer *hereditas* vendita die Rede ist, aber ausdrücklich *mandatae actiones*, also, in Folge des Erbschaftsverkaufes, vorgenommene Cessionen der einzelen nomina vorausgesetzt werden.

387) Mühlenbruch a. a. O. Struv. synt. h. t. th. 25. Franzke resolutt. Lib. I. no. 40.

388) Wegen bedingter Foderungen s. oben §. 37. und unten §. 69. I. A. A. 1.

Ist daher eine Foderung mehrmals cedirt worden, so können dem letzten Inhaber derselben Foderungen an jeden Vormann, welche fällig wurden, ehe die Foderung aus dessen Hand in die nachfolgende überging, compensando entgegengesetzt werden, vorausgesetzt, daß die cedirte Foderung selbst damals schon fällig war, und der deb. cessus schon damals von dem Uebergange der Foderung in die Hand dessen, mit dessen Schuld er compensiren will, Nachricht hatte [389]). Denn erhielt er diese erst, nachdem die Foderung bereits weiter cedirt war, so ist er niemals Schuldner dieses Vormannes, mithin seine Foderung an denselben nie eine Gegenfoderung der cedirten gewesen.

Schon hieraus ergiebt sich, daß man sich gegen auf den Inhaber, oder auf Ordre gestellte Foderungen in der Regel nicht auf Foderungen gegen Vormänner berufen kann. Es folgt dieß aber auch aus der Natur dieser Foderungen, bei deren Eingehung die Absicht gleich dahin gerichtet ist, daß der Schuldner nur den letzten Inhaber als seinen Gläubiger betrachten soll [390]).

bb) Compensation bei der Delegation, Assignation und Verpfändung einer Foderung.

§. 66.

Diese von der Cession geltenden Grundsätze lassen sich aber nicht auf die Delegation, und eben so wenig auf die Assignation anwenden.

---

389) Voet l. c. no. 5. p. 725. 726. Die Beschränkung, welche das preuß. Landrecht §. 315. 316. a. a. O. enthält, daß bei mehrfachen Cessionen dem letzten Inhaber nur Foderungen an solche Vormänner entgegengesetzt werden können, die der deb. cessus für seine Gläubiger anerkannt hat, ist dem gemeinen Rechte und der Natur der Sache nicht gemäß.

390) Wegen des Comp.-Rechtes bei indossirten Wechseln s. Treitschke Encykl. d. Wechselr. v. Indossament §. 14. Kind quaest. forens. T. II. c. 13. p. 65 ed. 2. Berger el. disc. for. tit. 12.

Durch Delegation wird die frühere Obligation getilgt, und eine neue entsteht [391]. Der Delegat kann daher dem Delegatar nie Foderungen an den Deleganten entgegensetzen, weil diese niemals Gegenfoderungen derjenigen obligatio waren, deren Schuldner er jetzt ist. War daher die delegirte Foderung schon vor der Delegation per exceptionem compensationis erloschen, so kann der Delegat aus diesem Umstande nur Rechte gegen den Deleganten ableiten, in sofern er durch den Beitritt zur Delegation diesem ein indebitum gewährt hat. That er dieß wissentlich, so hat er auf die exceptio compensationis verzichtet [392] und mag mithin nunmehr seine Foderung vom Deleganten einklagen; that er es aus Irrthum, so werden ihm Condictionen gegen denselben zustehen [393]. Die bloße Agnition einer Cession durch den deb. cessus hat aber diese Wirkungen keineswegs [394], denn es fehlt bei derselben der animus novandi, welcher streng erwiesen werden muß [395]. Es liegt in der Agnition nichts, als die Anerken=

391) Mühlenbruch a. a. O. S. 216. no. 1.

392) Ankelmann a. a. O. §. 22. am Ende. Voet a. a. O. no. 6. p. 726 b. Etenim quia in debitoris arbitrio est, utrum compensare velit, necne, hoc ipso, quo voluit istius debiti intuitu ex nova delegationis vel novationis causa devinctus esse, satis rebus ipsis et factis declarasse videtur, se nolle concesso sibi compensationis jure uti.

393) Vgl. L. 12. de novatt. 46, 2., wo diese Sätze ausdrücklich bestätigt werden, wenn man unter der exc. doli die exc. comp. mit verstehen darf. Uebrigens zeigt sich auch hier, wie wichtig es ist, von der Wirkung der compensatio eine richtige Ansicht zu haben. Denn würde durch die Existenz einer Gegenfoderung die Foderung nothwendig und in jeder Beziehung aufgehoben, mit einem Worte, wäre die compensatio ein modus tollendae obligationis, so könnte nach deren Eintritt eine gültige novatio und delegatio gar nicht mehr vorgenommen werden.

394) Der Code civil §. 1295. räumt ihr diese Wirkung unbedingt ein; das preuß. Landrecht §. 314. in so weit, als er dadurch seiner Einwendungen gegen den Cedenten verlustig wird.

395) L. 8. C. de novatt. 8, 42.

nung der dem deb. cessus ohnehin gesetzlich obliegenden Verbindlichkeit, nicht mehr an den Cedenten zu zahlen, und das Bekenntniß, von der Cession Nachricht erhalten zu haben.

Bei der Assignation kann eigentlich von Compensation gar nicht die Rede sein, da sie weder nothwendig eine Schuldfoderung voraussetzt, noch eine solche begründet. Allein auch wenn Jemandem eine wirkliche Foderung angewiesen wird, so erwirbt er dadurch kein selbständiges Recht gegen den Assignaten, sondern bleibt lediglich Mandatar des Assignanten [396]). Es können ihm daher Foderungen an den Assignanten, sie mögen fällig geworden sein, wann sie wollen, stets, eigene Schulden nie angerechnet werden. Gleiche Bewandniß hat es, wenn der Schuldner durch den Richter angewiesen wird, dem Gläubiger seines Gläubigers zu zahlen [397]).

Durch Acceptation wird aber die Assignation der Delegation gleich. Denn da hier der Assignat an sich zu nichts verbindlich war, so liegt in der Acceptation nothwendig die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit gegen den Assignatar [398]).

Verpfändung einer Schuldfoderung wird von dem Augenblicke an, wo der Verpfänder in mora gerathen, und dem Schuldner der verpfändeten Foderung dieß angezeigt ist, der Cession völlig gleich geachtet [399]). Vorher aber bleibt die verpfändete Foderung des Verpfänders. Folglich erlischt sie durch die bis zum Zeitpunkte der mora und der Notification fällig gewordenen Schulden des Verpfänders dergestalt, daß sowohl dieser, als der Schuldner gegen diesen auf Compensation sich berufen kann [400]).

---

396) Mühlenbruch Cession S. 216. no. 2.

397) Mevius P. VIII. dec. 127.

398) Pr. Landr. §. 314., welches jedoch den wesentlichen Unterschied zwischen Agnition einer Cession, und Annahme einer Anweisung nicht beachtet.

399) L. 20. de pignor. 20, C. L. 7. C. de her. vel act. vend. 4, 39. L. 4. C. quae res pignori. 8, 17.

400) Dabelow Lehre v. Conc. S. 691. ff.

cc) Compensation beim nomen legatum.

§. 67.

Eine besondere Betrachtung verdient noch das legatum nominis, weil hier die Grundsätze von der Universalsuccession und von der Singularsuccession vereint zur Anwendung kommen. Denn durch den Tod des Erblassers unmittelbar wird der Schuldner Schuldner des Erben; Schuldner des Legatars wird er durch die ihm von dem Legate zugekommene glaubhafte Nachricht. Denn wenn gleich es zur Uebertragung der legirten Foderung auf den Legatar nicht mehr, wie nach älterem Rechte [401], einer förmlichen Cession bedarf, sondern dem Legatar ohne Weiteres eine actio utilis gestattet wird [402], so soll doch diese actio utilis, oder vielmehr die derselben zum Grunde liegende gesetzliche Fiction, nur die Stelle der wirklichen Cession vertreten, kann also auch dem Cessionar nicht mehr Rechte geben, als diese [403].

Der Schuldner wird hiernach compensando befreit

1) durch Foderungen an den Erblasser, und zwar
   a) rein persönliche, wenn sie vor des Erblassers Tode fällig und resp. in judicium deducirt waren;
   b) andere,
      aa) wenn sie vor des Erblassers Tode fällig waren, in solidum,

---

401) §. 21. I. de legatis 2, 20.

402) L. 18. C. de legatis 6, 37.

403) Ein Gleiches gilt von allen sogen. legis cessiones. Vgl. Alph. ab Olea tract. de cessione jur. et act. Tit. 1. qu. 3. no. 1. Mühlenbruch Cession §. 43. Der Grund ist der nehmliche wie bei der vertragsmäßigen Cession, nehmlich, daß der Schuldner, so lange er von dem Uebergange seiner Schuld auf einen anderen Gläubiger nichts weiß, berechtigt und verpflichtet ist, den früheren als seinen Gläubiger zu betrachten. Anders ist es beim Erben. Denn hier muß der Schuldner wissen, daß sich die Person seines Gläubigers verändert habe, es ist also seine Pflicht, sich zu erkundigen, wer Erbe sei.

bb) wenn sie nach des Erblassers Tode, aber vor des Schuldners Benachrichtigung fällig wurden, in so weit, als der Erbe die Erbschaft zu vertreten hat;

in allen diesen Fällen aber von der Zeit an, wo beide Foderungen zugleich exigibel waren, oder, mit anderen Worten, wo diejenige derselben exigibel wurde, die es zuletzt geworden ist.

2) Durch Foderungen an den Erben, wenn sie vor der von dem nomen legatum erlangten Wissenschaft fällig wurden, und zwar

a) wenn sie vor des Erblassers Tode fällig waren, von Zeit dessen Todes an,

b) wenn sie später fällig wurden, von der Zeit an, wo solches geschehen.

3) Durch Foderungen an den Legatar, sie mögen fällig geworden sein, wann sie wollen, von der Zeit an, wo er von dem nomen legatum Kenntniß erhielt.

Ist übrigens die Befreiung durch Schulden des Erben, oder durch solche Schulden des Erblassers, welche erst nach dessen Tode fällig wurden, oder dadurch erfolgt, daß das nomen legatum selbst vor der Benachrichtigung des Schuldners von demselben fällig wurde, so hat der Legatar vom Erben den Werth desselben zu fodern 404). Ist die Befreiung durch Schulden des Erblassers eingetreten, die schon vor dem Tode desselben fällig waren, so wird das Legat ungültig, und der Erbe ist zu nichts gehalten 405).

dd) Compensation im Concurse 406).

α. Allgemeine Gesichtspunkte.

§. 68.

Nach den bei der successio singularis geltenden Grundsätzen dürfte auch die Frage nach der Zulässigkeit der Compen=

---

404) Arg. L. 23. §. 1. cit. de hered. vel act. vend. 18, 4.

405) L. 21. pr. §. 1. de liberat. leg. 34, 3.

406) Die älteren Schriften über diese Lehre, unter denen besonders

sation im Concurse zu beantworten sein. Denn durch die Concurseröffnung erhalten die Gläubiger das selbständige Recht zur Einfoderung aller außenstehenden Foderungen des Gemeinschuldners zum Zwecke ihrer Befriedigung. Das Subjekt dieses Rechtes ist die Gesammtheit der Gläubiger, und für dieselbe der curator bonorum. Die Gläubigerschaft befindet sich also zum Cridar und zu dessen Schuldnern ganz in dem Verhältnisse des Cessionars zum Cedenten und zum debitor cessus, nur daß sie ihr Recht nicht aus einer wirklichen Cession, sondern aus der Disposition des Gesetzes (einer legis cessio) ableitet. Die Schuldner des Cridars werden aber auch hier nicht durch die bloße Concurseröffnung Schuldner der Gläubigerschaft oder der Masse, sondern, wie bei jeder Cession, erst durch die von derselben erhaltene glaubhafte Nachricht [407]. Bis dahin sind

---

Car. Christ. Kanne (resp. Mofsdorf) Diss. de comp, et retent. in conc. Lips. 1779. bemerkenswerth ist, s. in Joh. Linde comment. de compens. in conc. creditor. Giess. 1782. Einen schätzbaren Beitrag dazu giebt Chr. Godofr. de Winkler de jure compensationis in concursu cred. in Ejusd. opusc. minor. a. God. Lud. Winkler, filio, editis Vol. II. P. II. no. IX. Am ausführlichsten ist sie von Dabelow in s. ausführl. Entwickel. d. Lehre vom Concurs der Gläubiger. Halle, 1801. 4. S. 201. und 685—708. bearbeitet worden.

407) S. oben §. 65. und §. 67. not. 403. Vgl. Schweppe Syst. des Conc. der Gläubiger 3te Ausg. §. 31. S. 62. Bis dahin muß er den Cridar für seinen Gläubiger und resp. Schuldner halten; bis dahin ist er mithin berechtigt und verpflichtet, sich mit demjenigen, was er diesem schuldet, zu bezahlen. Daß der Cridar aufhört dispositionsfähig zu sein, steht dem nicht entgegen. Denn er erhält seine Bezahlung nicht vom Cridar. Aber auch wenn dieß der Fall wäre, so würde aus jener Dispositionsunfähigkeit nur folgen, daß der curator bonor. das Gezahlte vindiciren könne. Wer aber das, was ihm gebührt, bona fide empfängt und consumirt, ist nie ad restituendum verbunden, wenn auch der Zahlende nicht dispositionsfähig war. Arg. L. 14. §. 8. de solut. 46, 3. §. 6. I. quib. alienare lic. 2, 8. L. 11. §. 2. L. 12. L. 13. de reb. cred. 12, 1. L. 29. de cond. indeb. 12, 6. Beruft man sich aber auf L. 6. §. 7. quae in fraudem 42, 8., so ist zu erin=

alle Foderungen des Cridars Gegenfoderungen der dem Schuldner an ihn zustehenden Foderungen und werden daher durch diese, dafern sie nur sonst compensabel sind, ohne Weiteres (ipso jure) zu obligationibus inefficacibus; der Schuldner des Cridars erwirbt bis dahin durch seine Foderungen an denselben eine wirksame exceptio compensationis, deren er sich auch gegen die Gläubigerschaft, als dessen successor singularis, bedienen kann.

Wie es sich mit neuentstandenen Foderungen des Cridars verhalte, darüber sind die Meinungen getheilt. Nach Einigen [408]) gehen auch diese ipso jure zur Masse über, nach Anderen [409]) erhält der curator bonorum nur das Recht, sie zur Masse zu ziehen. Nach der ersteren Ansicht werden die Schuldner solcher Foderungen sofort bei deren Entstehung Schuldner der Masse, dafern sie nur von der Concurseröffnung Kenntniß haben, nach der letzteren dann, wenn sie von der durch den curator bonorum erfolgten Occupation dieser Foderungen benachrichtigt worden sind.

Die Schulden des Cridars gehen auf die Gläubigerschaft überhaupt nicht über; vielmehr bleibt der Cridar selbst wegen derselben persönlich verhaftet [410]). Die Foderungen an den Cridarius bleiben daher, mögen sie vor oder nach der Concurseröffnung entstanden sein, Gegenfoderungen der Foderungen

---

nern, daß hier Julian, wie sich aus L. 10. §. 16. eod. und aus der Titelrubrik ergiebt, einen Gläubiger voraussetzt, der von der Insolvenz des Gläubigers Kenntniß hat. Anders ist es mit Veräußerungsverträgen. Wer mit einem Andern contrahirt, hat Ursache, sich um dessen Dispositionsfähigkeit zu bekümmern, nicht aber, wer eine schuldige Zahlung annimmt oder leistet. Auch von einer gratificatio kann bei der compensatio als einer tacita solutio nicht die Rede sein.

408) Schweppe a. a. O. §. 35. no. 2. S. 64.

409) Dabelow a. a. O. S. 537. ff.

410) Denn er kann ja sogar wegen dessen, was nach Distribution der Masse übrig bleibt, noch belangt werden.

des Cridars, sofern er dergleichen noch haben kann, und daher mit diesen compensabel.

Die Gläubigerschaft erhält aber die Verpflichtung, jedem einzelen Gläubiger unter der Bedingung, daß er seine Foderung gehörig liquidirt, und hinreichende Masse zu seiner Befriedigung vorhanden ist, das auf ihn fallende Perceptionsquantum zu gewähren. Dieses Perceptionsquantum läßt sich daher allerdings als eine, wiewohl bedingte, Schuld der Masse betrachten, es ist daher mit allen Foderungen der Masse, mithin auch mit allen zur Masse gezogenen Foderungen des Gemeinschuldners, compensabel.

β. Anwendung auf einzele Fälle.

§. 69.

Aus diesen Principien nun ergeben sich folgende praktische Regeln.

I. Klagt der curator bonorum

A. eine Foderung des Gemeinschuldners ein, welche

a. bereits vor der Concurseröffnung existirte, so kann ihm compensando entgegengesetzt werden

1) eine Foderung an den Gemeinschuldner, unter folgenden Voraussetzungen:

a) daß dieselbe vor der von der Concurseröffnung dem Schuldner zugekommenen Nachricht bereits fällig gewesen sei.

Entsteht über die Zeit, wo der Schuldner diese Nachricht erhalten habe, Streit, so muß der curator bonorum beweisen, daß dieß zu der von ihm behaupteten Zeit bereits der Fall gewesen sei [411]. Indessen dürfte ein Schuldner, der zugleich Gläubiger des Gemeinschuldners ist, wenigstens nach Ablauf

---

411) Der curator bonorum muß es also auch aus diesem Grunde eines seiner ersten Geschäfte sein lassen, alle Schuldner des Cridars, unter Beziehung auf glaubhafte Documente, z. B. die Zeitungsnotiz, von der Concurseröffnung zu benachrichtigen, und zur Zahlung an die Masse aufzufodern.

der zum Aushängen der Edictalcitation bestehenden Fristen die Präsumtion gegen sich haben, daß er von der Concurseröffnung gewußt habe [412]).

b) daß die Foderung, womit er compensiren will, sich bereits vor der Concurseröffnung in seinen Händen befunden habe [413]), oder mindestens der Gemeinschuldner von der Thatsache, wodurch jene Foderung in die Hand seines Schuldners kam (Legat, Cession u. dgl.) eher Nachricht erhalten habe, als Letzterer von der Concurseröffnung.

Denn von der Zeit an, wo der Gemeinschuldner von jener Thatsache Nachricht erhielt, trat die Compensation der übertragenen Foderung mit den Foderungen des Gemeinschuldners ein. Die auf das Creditwesen übergegangenen Foderungen des Letzteren blieben aber im Verhältnisse zu dessen Schuldnern Foderungen desselben, bis diese Schuldner erfuhren, daß Concurs eröffnet sei.

c) Daß auch die Foderung des Gemeinschuldners, worauf compensirt werden soll, vor jenem Zeitpunkte fällig geworden sei.

Denn die Compensation setzt von beiden Seiten fällige Gegenfoderungen voraus. Da indessen der Schuldner in der Regel das Recht hat, auch vor dem Verfalltage Zahlung zu leisten,

---

412) Denn es ist Zweck der Edictalcitation, alle Gläubiger von der Concurseröffnung in Kenntniß zu setzen. Die Gesetzgebung würde also mit sich in Widerspruch gerathen, wenn sie nicht wenigstens annähme, daß dieser Zweck dadurch erreicht werden könne, und erreicht worden sei. Ohne eine solche Präsumtion hätte auch die Präclusion kein Fundament. Dagegen nimmt Dabelow a. a. O. S. 687. ohne Unterschied das Datum der Edictalcitation als den Zeitpunkt an, bis zu welchem Compensation eintrete. Allein da kein Gesetz der Edictalcitation diese Wirkung beilegt, und nach allgemeinen Grundsätzen nur die Wissenschaft entscheidet, so dürfte das Obige richtiger sein.

413) So weit übereinstimmend Dabelow a. a. O. S. 688. und Schweppe a. a. O. §. 61. S. 114. Letzterer jedoch inconsequent in Betracht der oben not. 412. angeführten Meinung.

so wird er im entgegengesetzten Falle die Compensation dadurch herbeiführen können, daß er vor der Concurseröffnung erklärt, auf die ihm zustehende Zahlungsfrist verzichten zu wollen[414]. Ohne eine solche Erklärung aber, ipso jure, kann die Compensation hier nicht eintreten, und nach der Concurseröffnung kann eine solche Erklärung (welche vor erhaltener Wissenschaft von der wenigstens bevorstehenden Concurseröffnung nicht wohl denkbar ist, weshalb hier auch auf die Wissenschaft keine Rücksicht zu nehmen sein dürfte) nichts mehr helfen, weil dann nicht mehr Gegenfoderungen vorhanden sind.

Ist eine der fraglichen Foderungen noch von einer wahren, nicht rein potestativen Bedingung abhängig, so kann zwar pendente conditione die Compensation nicht realisirt werden; wird aber die Bedingung erfüllt, so muß dem Gläubiger das Gezahlte, soweit es durch seine Foderung gedeckt ist, als eine Schuld der Masse, zurückgegeben werden[415] [416].

---

414) Nur unter dieser Beschränkung läßt sich die Bestimmung des preuß. Landrechtes a. a. O. §. 353. gemeinrechtlich rechtfertigen. Vgl. auch K. F. Günther in einem zu Haubold's Lehrb. d. sächs. Priv.-Rechtes §. 382. 2te Ausgabe gemachten Zusatze. Wenn dagegen Mevius P. VII. dec. 227. die Compensation im Concurse überhaupt nur beachtet wissen will, wenn sie schon vor Eröffnung desselben geltend gemacht worden ist, so ist dieß nur eine Folge seiner irrigen Ansicht, daß die Comp. nicht ipso jure eintrete.

415) Von bedingten Foderungen sind aber nicht fällige wohl zu unterscheiden. S. oben §. 37. und 38. Es ist daher wohl nicht zu billigen, wenn Schweppe a. a. O. S. 114. 115. von betagten Foderungen ein Gleiches behauptet. Nur eine cautio de restituendo auf so viel, als nach dem Distributionsbescheide ausfallen werde, könnte bei betagten gerechtfertigt werden, wenn nicht dafür schon die Concursverwaltung hinreichende Bürgschaft leistete. Wegen bedingter Foderungen ist aber auch ein solches Verlangen der Cautionsleistung unzulässig. S. oben §. 37. cit.

416) Hiernach dürfte sich am richtigsten und am genügendsten die Frage entscheiden lassen, in wiefern ein Pachter mit rückständigen

In allen diesen Fällen braucht der Gläubiger die Foderung, womit er compensiren kann, nicht zu liquidiren, denn seine exceptio compensationis besteht ja eben in dem Rechte, zu behaupten, daß seine Schuld, mit ihr aber auch seine Foderung, schon vor der Entstehung des Creditwesens aufgehoben worden sei, daß ihm daher gar keine Foderung mehr zustehe, die er liquidiren könnte. Indeß wird es in vielen Fällen zweckmäßig sein, eine solche Foderung eventualiter, nehmlich für den Fall, daß die Compensation für unzulässig

---

Pachtgeldern auf die Pachtcaution compensiren könne. Die Pachtcaution hat er nehmlich unter der Bedingung zu fodern, daß er alle ihm nach dem Contracte obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt. Mithin ist dem Pachter nach Ablauf der Pachtzeit, wenn er seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, oder compensando noch erfüllt, die Caution so zu gewähren, als ob sie schon vor dem Concurse exigibel gewesen wäre. Als eine betagte Foderung läßt sich die Pachtcaution (im Mangel besonderer Verabredungen) auf keine Weise betrachten. Denn gesetzt auch, der Pachtcontract ist auf gewisse Jahre eingegangen, so giebt es ja Ursachen, aus denen er auch früher erlöschen kann, und es leidet wohl keinen Zweifel, daß dann, praestitis praestandis, auch die Caution exigibel werde. Auch kann ja der Pachter in jedem Momente (also auch in dem der Concurseröffnung) die Caution exigibel machen, indem er eine neue offerirt. Denn nur darauf, daß ihm Caution geleistet werde, hat der Verpachter aus dem Contracte ein Recht, nicht aber auf certa corpora derselben. Giebt aber der Pachter dem curator bonorum eine neue Caution, so wird diese unzweifelhaft Schuld der Masse. Daß jedoch die Caution ipso jure auf die Gläubiger übergehe, wenn diese den Contract fortsetzen (Kori Concursrecht §. 70. Schweppe a. a. O. S. 115.), läßt sich wohl nicht behaupten. Denn die Verbindlichkeit zur Gewährung der Caution, welche der Verpachter empfangen hat, ist eine rein persönliche (re contracta) obligatio, dessen, der sie empfing, mithin hier des Cridars. Vgl. übrigens über diese Frage noch Benkard über das Verhältniß des Pachters zu den Gläubigern des insolventen Verpächters. Rostock, 1813, und Karsten über die Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern des andern. Hamburg, 1809.

erachtet würde, zu liquidiren. Durch eine solche eventuelle Liquidirung kann sich der Schuldner sein Compensationsrecht gewiß nicht vergeben, weil in derselben eine Verzichtleistung auf dasselbe nicht gefunden werden kann. Aber auch dann, wenn er pure liquidirt hat, scheint ihm arg. L. 8. h. t. das Compensationsrecht nicht abgesprochen werden zu können 417).

Hat der Schuldner des Gemeinschuldners mehre Foderungen an denselben, so hängt es von ihm ab, auf welche derselben er sich bezahlt machen will; ist also die eine prioritätisch, die andere nicht, so kann er mit der einfachen Foderung compensiren und die prioritätische liquidiren 418).

Es können aber dem curator bonorum, welcher eine gleich anfangs auf das Creditwesen übergegangene Foderung des Gemeinschuldners einklagt, auch compensando entgegengesetzt werden

2) fällige 419) Foderungen an die Masse, mithin auch

3) das dem Schuldner aus der Masse zu gewährende Perceptionsquantum.

Da aber die Verbindlichkeit zur Gewährung des letzteren eine bedingte ist, so kann der liquidirende Gläubiger nicht eher von seinem Compensationsrechte mit demselben Gebrauch machen, als bis es gewiß ist, daß, und wie viel er aus der Masse erhalten werde. Dieß wird nun in der Regel erst durch den Distributionsabschied gewiß werden. Wo aber nach besonderen Gesetzen 420), oder nach der Praxis 421) der Concursgläubiger

---

417) A. M. ist Dabelow a. a. O. S. 708.

418) Berger oec. jur. lib. III. c. 15. §. 4. not. 3. läßt dem Gläubiger diese Wahl nur extra motum concursum. Warum? hat er nicht angegeben. S. oben §. 52.

419) Das preuß. Landr. a. a. O. §. 354. 355. erlaubt selbst mit noch nicht fälligen Foderungen an die Masse unter Vergütung der Zinsen zu compensiren.

420) Z. B. nach der kursächs. Erl. Proceßord. ad. tit. 41. §. 6.

421) Schweppe a. a. O. §. 85. Linde Lehrb. des Civilproc. §. 449. not. 1.

unter gewissen Voraussetzungen berechtigt ist, schon vor dem Distributionsabschiede Abschlagszahlungen zu verlangen, sei es gegen Caution oder ohne dieselbe, da wird er unter denselben Voraussetzungen auch mit seinem Perceptionsquantum, gegen Caution oder ohne dieselbe, compensiren können[422].

Da aber jene Bedingung keine rein potestative ist, so müssen die Wirkungen dieser Compensation bis auf den Zeitpunkt der Concurseröffnung, oder, wenn eine der beiden Foderungen erst später fällig geworden, bis auf die Zeit, wo dieß geschehen, zurückgezogen werden, der Schuldner wird mithin berechtigt sein, das, was er zu viel zahlen mußte, weil er nicht sofort compensiren konnte, (z. B. die bezahlten Verzugszinsen) condictione sine causa zurückzufodern, so weit er durch das Perceptionsquantum gedeckt ist.

Ob die Foderung, welche der curator bonorum einklagt, vor dem Concurse oder nach demselben fällig geworden, darauf kann bei diesen Compensationsposten nichts ankommen.

Klagt der curator bonorum eine Foderung des Gemeinschuldners ein, welche dieser

B. erst nach eröffnetem Concurse erworben hat, so können ihm

1) Foderungen an die Masse,
2) liquidirte Foderungen unter den obigen Voraussetzungen,
3) Foderungen an den Gemeinschuldner, welche fällig waren, ehe der Schuldner nach der Schweppe'schen Meinung[423]) von der Concurseröffnung, nach der Dabelow'schen von der Occupation dieser Foderung durch den curator bonorum Nachricht erhielt[424]), mögen sie übri-

422) S. auch unten not. 425.

423) S. oben §. 68. not. 408.

424) Um so viel mehr also, wenn beide Foderungen fällig waren, ehe sich der curator bonorum hierüber erklärte. So leidet es z. B. nach dieser Meinung keinen Zweifel, daß der Gläubiger, welcher nach eröffnetem Concurse dem Gemeinschuldner ex testamento ein Legat schuldig wird, hiermit sofort compensiren könne, wenn er

gens vor der Concurseröffnung oder nach derselben fällig geworden, mögen sie liquidirt worden sein oder nicht, dafern nur die zur Masse gezogene neuerworbene Foderung ebenfalls bis zu jenem Momente fällig war, oder der Schuldner bis dahin erklärt hat, vor dem Verfalltage zahlen zu wollen,

entgegengesetzt werden. Die Wirkung der Compensation ist in dem ersten und zweiten Falle bis auf die Zeit, wo die Foderung, worauf, auf die Masse überging, oder, wenn eine der beiden Foderungen später fällig wurde, bis auf die Zeit, wo dieß geschehen; im dritten Falle stets bis auf den Moment, wo beide fällig waren, zurückzurechnen.

Eine Ausnahme von diesen Regeln dürfte jedoch in dem nicht selten vorkommenden Falle zu machen sein, wenn die Gläubiger dem Cridarius (stillschweigend oder ausdrücklich) gestatten, ein Geschäft zu treiben, bei welchem er Credit nöthig hat. Hier muß nehmlich nach Analogie eines peculii concessi den Gläubigern dieses Geschäftes ein Vorzugsrecht an dem durch dasselbe erworbenen Vermögen, mithin auch den Schuldnern, welche der Cridar durch dieses Geschäft erworben hat, ein durch die Occupation des curator bonorum nicht zu gefährdendes Compensationsrecht mit den aus diesem Geschäfte erworbenen Foderungen eingeräumt werden. Dieß muß als die Willensmeinung der Gläubiger angesehen werden, welche ein solches Geschäft, vielleicht um ihres eigenen Vortheiles willen, da ihnen der reine Gewinn bleibt, gestatten, denn Niemand würde sich natürlich mit dem Cridar in Geschäfte einlassen, wenn er glauben könnte, daß jeder seiner debet-Posten vom curator bonorum occupirt werden könne, und er am Ende nach einer Reihe von Jahren diese sämmtlich an die Masse bezahlen, seine inmittels entstandenen credit-Posten aber vom insolventen Schuldner einklagen müsse.

Klagt der curator bonorum

---

auch von der Masse präcludirt war. Auch bedarf es dazu keiner Erklärung von seiner Seite, denn comp. fit ipso jure.

B. reine Massefoderungen ein, so können ihm nur

1) Masseschulden und

2) das Perceptionsquantum unter den obigen Voraussetzungen [425],

nie aber Foderungen an den Gemeinschuldner als solche compensando entgegengesetzt werden, weil diese nie Gegenfoderungen derselben gewesen sind.

II. Wird gegen den passiven Concursvertreter eine Foderung an den Gemeinschuldner liquidirt, oder vom curator bonorum die Bezahlung einer Masseschuld gefodert, so können beide sich sowohl auf Massefoderungen, als auch auf Foderungen des Gemeinschuldners ohne Weiteres compensando berufen, vorausgesetzt nur, daß dieselben nicht bereits durch andere Gegenfoderungen nach den obigen Grundsätzen compensando getilgt sind.

D. Compensation unter Ehegatten.

§. 70.

Eine besondere Erwähnung verdienen noch, ihrer Mannichfaltigkeit wegen, die zwischen Ehegatten stattfindenden Verhältnisse.

Bei der strengen römischen Ehe mit in manum conventio würden die Grundsätze von der successio per universitatem (§. 64) ihre Anwendung finden.

---

425) Die meisten Rechtslehrer lassen hier nur mit prioritätischen Foderungen Compensation zu. v. Winkler a. a. O. S. 75. ff. und d. das. ang. Schriftst. Allein offenbar kommt es hier, wie in dem Falle unter A. A.) 3., nur darauf an, daß mit Sicherheit vorauszusehen sei, der Gläubiger werde bis auf die Summe, womit er compensiren will, Befriedigung erhalten, wobei nach gemeinschaftlichen Grundsätzen nur die factischen Umstände und das arbitrium judicis entscheiden kann. Nur darf die Schuld keine solche sein, bei welcher Baarzahlung zur Bedingung gemacht ist (S. unten §. 83.), wie z. B. nach sächs. Rechte der 10. Theil des Liciti, welcher im Subhastationstermine sofort baar zu erlegen ist.

Bei der freien römischen Ehe würde, wenn keine dos bestellt worden, von Compensation des einen Ehegatten oder gegen denselben mit Foderungen oder Schulden des andern nicht die Rede sein können, und ein Gleiches muß heutzutage hinsichtlich der bona receptitia gelten [426].

Nach dem reinen Dotalsysteme kann der Ehemann mit Dotalfoderungen eben so wohl compensiren, als gegen ihn, wenn er dieselben einklagt, eigene, und wenn er eigene Foderungen einklagt, Dotalschulden in Abrechnung gebracht werden können: denn er hat das dominium dotis; Dotalfoderungen sind also seine eigenen [427].

Nach dem Systeme der ehelichen Vormundschaft gilt der Ehemann als Administrator des eheweiblichen Einbringens, zugleich aber als dessen Nutznießer. Er wird daher zwar nicht die außenstehenden Capitalien der Ehefrau zur Compensation auf eigene Schulden benutzen können [428], wohl aber die davon rückständigen Zinsen, und eben so werden ihm, wenn er Foderungen der Ehefrau eincassirt, eigene Schulden nur auf diese, die Zinsen, in Abrechnung gebracht werden können. Nach Par-

---

426) Preuß. Landr. a. a. O. §. 341.

427) Vgl. auch L. 2. C. de O. et A. 4, 10.

428) Ankelmann a. a. O. §. 17. not. k. Lauterbach Coll. th. pr. ad h. t. §. 9. Wenn Leyser Medd. spec. 174. med. 4. (An maritus debitor compensatione ejus, quod uxori suae debetur, se tueri queat) das Gegentheil behauptet, „quia ad ipsum commodum pertinet", so paßt dieser Grund eben nur auf die Zinsen. Auch gesteht er selbst ein, daß Lauterbach's Meinung vor der seinigen den Vorzug erhalten habe. Mevius P. II. dec. 217. leitet das Compens.-Recht des Ehemannes daher ab, quia uxoris interest, doch nur, wenn die Ehefrau compensiren wolle, weil der Satz: quod non ei debetur, qui convenitur rel., eine Ausnahme erleide, wenn der Dritte ein starkes Interesse an der Compensation habe. Allein weder dieses Interesse der Ehefrau, noch jene Ausnahme läßt sich erweisen. Das preuß. Landrecht §. 339. hat aber, ohne Zweifel von guten legislativen Gründen geleitet, Mevius's Meinung recipirt.

ticulargesetzen pflegen diese Grundsätze durch die allgemeine Bestimmung, daß der Ehemann über Capitalien der Ehefrau nicht einseitig quittiren könne[429]), auch auf das eigentliche Dotalvermögen ausgedehnt zu sein. Dagegen können Schulden der Ehefrau[430]) dem Ehemanne auf eigene Foderungen gar nicht, auf eheweibliche Foderungen nur in so weit angerechnet werden, als er sie aus dem Einbringen der Ehefrau zu bezahlen gehalten ist.

Durch die eheliche Gütergemeinschaft geht das Vermögen der Frau mit gewissen Beschränkungen in das Vermögen des Mannes über[431]). Der Mann wird daher Gläubiger der eheweiblichen Capitalien. Die Schulden der Ehefrau aber ist er nur in so weit zu bezahlen verbunden, als dieselben entweder schon vor der Ehe vorhanden gewesen sind, oder ihn aus einem besonderen Grunde verpflichten. Der Ehemann kann daher zwar stets Foderungen zur Compensation bringen, die auf den Namen der Frau stehen, braucht sich aber die Anrechnung ihrer Schulden nur in so weit gefallen zu lassen, als er sie bezahlen muß. Klagt der Ehemann ein eheweibliches activum ein, so muß er sich die Anrechnung eigener Schulden stets, die Anrechnung von Schulden der Frau aber ebenfalls nur unter der obigen Bedingung gefallen lassen[432]).

---

429) Z. B. die königl. sächs. Verordnung v. 7. Juni 1821. Gesetzsamml. d. J. St. 11. Num. 21. S. 75.

430) Dahin gehören aber nicht Schulden, welche die Frau für den Ehemann contrahirt, z. B. Wirthschaftsschulden, und alle solche, die der Mann aus den Früchten des Einbringens und aus dem eigenen Vermögen bezahlen muß. Denn dergl. Schulden sind Schulden des Ehemannes. Die Frau handelt hier nur als Stellvertreterin desselben.

431) Eichhorn deutsch. Priv.-Recht §. 298.

432) Offenbar nur auf irrigen Vorstellungen von dem Wesen der ehelichen Gütergemeinschaft, die aber freilich nach Particulargesetzen einen sehr verschiedenen Charakter annehmen kann, beruht die Meinung einiger Aeltern, daß hier gegenseitiges Compensationsrecht unbedingt stattfinde. Mästertius a. a. O. qu. 11. §. 3. Ankelmann a. a. O. §. 17. no. 7.

Setzt die Frau nach des Mannes Tode die Gemeinschaft mit den Kindern fort, so geht auf sie das Dispositionsrecht über die gesammte Vermögensmasse über, das vorher dem Manne zustand. Sie kann sich daher nun ebenfalls auf Foderungen des Mannes berufen, muß sich aber auch die Abrechnung der Schulden desselben gefallen lassen. Dagegen kann ihr eine eigene, von ihr selbst während der Ehe ohne Consens des Mannes eingegangene Schuld auch dann nicht compensando entgegengesetzt werden, weil sie eine ungültige ist.

Theilt endlich die Frau mit den Kindern, oder ist die Ehe kinderlos, so treten die Grundsätze über successio ein, welche überhaupt bei allen diesen Verhältnissen hinsichtlich der vor Bestellung der dos, vor Eingehung der Ehe, vor der Theilung fällig gewordenen Foderungen und Schulden zu beachten sind.

Viertes Capitel.

Positive Ausnahmen von der aequitas compensationis.

1) Einleitung.

§. 71.

Wo die in den vorhergehenden Capiteln angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, findet in der Regel compensatio statt, ohne Rücksicht auf die Personen, denen die fraglichen Foderungen zustehen, oder den Rechtsgrund, auf welchem sie beruhen. Daher kann man sich in der Regel selbst gegen die privilegirtesten Personen, den Fiscus [433]), den eigenen Mün-

433) L. 24. h. t. Jussit imperator, audiri approbantem sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur. L. 12. ibid. Idem juris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen usurae, compensatio nihilominus locum habet ejus, quod invicem debetur. L. 3. C. h. t. In ea, quae reipublicae te

del[434]), der exceptio compensationis bedienen und mit allen Arten von Foderungen und auf alle Arten von Foderungen, mögen dieselben aus Verträgen, oder aus Delicten[435]), oder aus der unmittelbaren Disposition der Gesetze[436]) entspringen, compensiren.

So wie aber das positive Recht bisweilen ausnahmsweise compensatio zuläßt, wo jene Bedingungen nicht vollständig

---

debere fateris, compensari ea, quae invicem tibi ab ea debentur, is, cujus ea de re notio est, jubebit.

434) L. 1. §. 4. de contr. tut. a. 27, 4. Praeterea, si tutelae judicio quis convenitur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit, rel. L. 11. C. h. t. Si tutores pupillis officio magistratus urgente nominastis, ac pro his propter onus primipili pecuniam solvistis, superstitiosam geritis sollicitudinem, ne ab ipsis conventi hanc eis imputare minime possitis rel.

435) L. 10. §. 2. h. t. Quoties ex maleficio oritur actio, si de ea re pecuniarie agitur, compensatio locum habet.

436) L. 10. C. h. t. Quoniam liberum fundum tibi distractum proponis, post vero, veluti praecedente emtionem obligatione, certum quid solvisse, si debitum a te apud praesidem provinciae petatur, compensationem ejus, quod indebite solvisti, potes opponere. Der Fall, welcher der Entscheidung zum Grunde liegend gedacht werden muß, ist ohne Zweifel dieser. A. kauft von B ein Grundstück, dessen Freiheit von Hypotheken ihm zugesichert wird. Nach der Uebergabe, aber vor der Bezahlung des Kaufgeldes meldet sich jedoch ein Gläubiger, der vor dem Verkaufe eine Hypothek an demselben erhalten hat. Da diese durch den Verkauf nicht aufgehoben wird (velut praecedente emtionem obligatione sc. praedii), und der Gläubiger mit der Serviana droht, so bezahlt ihn A und will nun das Bezahlte auf die Kaufgelder gegen B compensiren. Schwierigkeit machen nur die Worte distractum und quod indebite solvisti, da weder von einer eigentlichen distractio (pignoris) noch von einer indebiti solutio im strengen Sinne die Rede ist. Allein distrahere wird ja öfter für verkaufen, losschlagen im Allgemeinen gebraucht, und ein indebitum war die Schuld wenigstens für den A. Jedenfalls beruht dessen Foderung an den B auf unmittelbarer Disposition des Gesetzes, nehmlich auf der Pflicht zur Gewährung der dicta (et promissa) auch ohne dolus und specielles Versprechen.

vorhanden sind[437]), so kann es auch ausnahmsweise bei dem Vorhandensein derselben die compensatio ausschließen, oder doch dem einen oder dem anderen Theile das Recht, sich auf dieselbe zu berufen — die exceptio compensationis — entziehen.

Das römische Recht thut dieß in folgenden Fällen.

2) Ausnahmen zu Gunsten des Fiscus[438].

a) Scheinbare.

§. 72.

Mannichfaltige Privilegien gegen die aequitas compensationis genießt nach römischem Rechte der Fiscus. Einige der dahin gerechneten Fälle lassen sich jedoch auf die allgemeinen Grundsätze von der compensatio zurückführen und sind daher nicht wahre Ausnahmen.

Dahin gehört zuvörderst der allgemeine Grundsatz, daß auf Zahlungen, welche der Fiscus zwar einnimmt, aber zu besonderen Zwecken zu verwenden hat, nicht mit Foderungen an den Fiscus compensirt werden kann[439]). Hier erscheint nehmlich der Fiscus nur als Verwalter jener Einnahmen, ei-

437) Vgl. z. B. oben §. 41. 50. 53.

438) Joh. Geo. Fichtner Diss. de compens. fisci. Altorf. 1702.

439) L. 3. C. h. t., wo es nach den §. 71. not. 433. angeführten Worten weiter heißt: si neque ex calendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum neque alimentorum, *neque ejus, quae statutis sumptibus servit*, neque fideicommissi civitatis debitor sis. in den unterstrichenen Worten. Statt des daselbst zu lesenden quae (pecunia) lesen die Handschriften qui. Wenigstens habe ich nirgends eine abweichende Lesart erwähnt gefunden. Die sich selbst rechtfertigende Emendation des Cujacius recitt. solemn. in Cod. h. t. ist jedoch schon von Russard und Charondas in den Text aufgenommen und von allen Neueren gebilligt worden. Vgl. Thibaut Syst. §. 1001. not. q. Glück Erl. d. Pand. a. a. O. §. 932.

gentlicher Gläubiger aber ist die pia oder publica causa, für welche dieselben bestimmt sind; es finden daher die §. 59. vorgetragenen Grundsätze ihre Anwendung.

Jener Grundsatz kann jedoch auf verschiedene Cassen des Fiscus nicht unbedingt angewendet werden, sonst würde Compensation gegen den Fiscus bei einem wohlgeordneten Staatshaushalte gar nicht stattfinden können. Es fragt sich vielmehr, ob die verschiedenen Cassen von der Regierung aus eigener Bewegung, nur um der größeren Ordnung willen, gesondert worden sind, oder ob sie stiftungsmäßig vom Staatsvermögen gesondert sein müssen. Nur bei Cassen der letzteren Art ist pecunia, quae statutis sumptibus servit, im Sinne der L. 3. C. cit. vorhanden. Von Staatscassen der ersteren Art gelten andere §. 73. no. 5. zu erörternde Regeln.

Unter diese allgemeinere angebliche Ausnahme von der aequitas compensationis scheinen aber noch mehre andere besonders genannte Ausnahmen zu gehören, namentlich

1) was ex causa alimentorum an den Fiscus zu zahlen ist [440], worunter doch wohl Zahlungen zu verstehen sind, die zur Verpflegung der Armen verwendet werden müssen, mögen sie nun in regelmäßigen Beiträgen der Unterthanen, oder in Legaten u. s. w. bestehen; ferner

2) frumenti et olei publici pecunia [441]); ohne Zweifel

440) L. 3. C. cit. v. neque *alimentorum.*

441) L. 3. C. cit. L. 46. §. 5. de jure fisci. 49, 14. Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur saepe constitutum est, excepta causa tributorum et stipendiorum, item pretio rei a fisco emtae, *et quod ex causa annonaria debetur.* Von Naturallieferungen zu diesem Zwecke ist eigentlich in diesen Gesetzen nicht die Rede. Indessen kann man sie wohl auch auf solche ob paritatem rationis beziehen, dafern nur, was selten der Fall sein wird, auch die Gegenfoderung auf dergleichen Naturalien gerichtet ist. Eine Ausnahme behauptet man, wenn sich der Lieferant im Vorschusse befinde, also nicht nur ex causa annonaria debitor sondern auch ex c. annon. creditor sei. Vgl. Stryck us. mod. h. t. §. 7. Wernher lectiss. comm. h. t. §. 3. Mollenbeck ad h. t. no. 17. Glück a. a. O. S. 85. not. 13.

Gelder und Abgaben, welche dazu bestimmt sind, um zu Zeiten der Noth das Volk mit den nöthigsten Bedürfnissen zu versehen. Hierher gehörten aber ohne Zweifel nicht nur die ursprünglichen Beiträge zu diesem Zwecke, sondern auch der Ersatz, welchen die Verwalter der öffentlichen Getreidevorräthe wegen Vernachlässigung oder Veruntreuung derselben zu leisten hatten [442], denn auch dieser mußte natürlich zum Ankaufe neuer Vorräthe verwendet werden; nicht aber die Geldstrafe, welche wegen des crimen fraudatae annonae zu bezahlen war [443]. Es gehört aber dahin allerdings auch

3) dasjenige, was zur Ausrüstung des Heeres geliefert werden muß, so wie der vom Intendanten deshalb zu leistende Ersatz [444]. Vielleicht würde sich

4) bei genauerer Kenntniß der römischen Finanzverwaltung auch die Nichtcompensabilität dessen, was man ex fideicom-

---

442) Arg. der sogleich anzuführenden L. 20. h. t.

443) L. 17. h. t. Ideo condemnatus, quod arctiorem annonum Aedilitatis tempore praebuit, frumentariae pecuniae debitor non videtur, et ideo compensationem habebit. Die Lesart edulitatis statt aedilitatis, welche Accursius und Duarenus dispp. anniversar. lib. 1. c. 26. und nach des Letzteren Vorgange auch Donellus a. a. O. lin. 20. ff. und Fichtner a. a. O. §. 21. vertheidigen, und welche nach Donell's Zeugnisse in den echten bononiensischen Manuscripten, und nach Glück a. a. O. S. 87. not. 19. in dem Erlanger Codex sich findet, hat die Florentina und, was die Hauptsache ist, die Basiliken gegen sich. Auch giebt die florentinische Lesart einen besseren Sinn, da den Aedilen die Sorge für den Markt zukam. Edulitas müßte man für Theurung nehmen. Es heißt aber eigentlich Getreidevertheilung (Duaren a. a. O.). Nun wird zwar allerdings vorzüglich zur Zeit der Theurung Getreide vertheilt werden, aber sonderbar wäre es doch immer, die zufällige Folge für die Ursache zu setzen.

444) L. 20. h. t. Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum pecuniam jure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur. Vgl. über das Wort copiae Duaren und Donell a. a. O.

missorum et stipendiorum causa [445]) dem Fiscus schuldet, auf den obigen Grundsatz zurückführen lassen.

b) Wirkliche Ausnahmen.

§. 73.

Reine Privilegien des Fiscus aber sind folgende:

1) daß directe und indirecte Steuern baar, nicht durch Compensation entrichtet werden müssen [446]). Diese Ausnahme rechtfertigt sich schon durch die Schwierigkeit, welche für die Berechnung daraus entstehen müßte, wenn Staatsgläubiger so lange Steuern und Zölle innebehalten könnten, bis sie wegen ihrer Ansprüche befriedigt wären. Wenn nach neueren Particulargesetzen bei der Entrichtung von Steuern Papiergeld und fällige Coupons von Staatspapieren an Zahlungsstatt angenommen werden [447]), so ist dieß zwar auch eine Art von Compensation, allein jedenfalls keine solche, welche die Regel umzustoßen vermag, sondern lediglich auf diese Arten von Staatsschulden zu restringiren;

2) daß auf den Kaufpreis einer vom Fiscus gekauften Sache [448]) und

3) auf verzinsliche Darlehne [449]), welche der Staat gege-

---

445) L. 46. L. 3. C. cit.

446) L. 46. L. 3. C. cit. v. excepta causa tributaria et stipendiorum (?) — neque ex vectigalibus — neque tributorum.

447) Eine derartige Bestimmung findet sich schon in einem Steuerausschreiben Joh. Georg II. v. Sachsen v. 25. Febr. 1671. Sie hat Vielen zu der Behauptung Veranlassung gegeben, daß in Sachsen nur auf indirecte und directe außerordentliche Steuern nicht compensirt werden könne, doch gewiß mit Unrecht. S. Lud. Mencken Syst. jur. civ. ad h. t. §. 4. no. 2.

448) L. 46. §. 5. cit. L. 7. C. h. t. Si ex venditione pretium venditori debetur, compensationis ratio opponitur. Adversus fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.

449) L. 3. C. h. t. v. quod ex *calendario* debetur. Daß darunter verzinsliche Darlehne zu verstehen sind, weil die Zinsen an den

ben hat, sei es als Vorschüsse zur Unterstützung von Gewerben, oder um sein Geld anzulegen, nicht compensirt werden kann. Dergleichen Kauf- und Darlehnsgeschäfte werden also unter der stillschweigenden Bedingung der Baarzahlung eingegangen.

Der Fiscus ist ferner dadurch begünstigt, daß

4) Gegenfoderungen, mit denen man gegen ihn compensiren will, sofort, d. h. innerhalb der den Schuldnern desselben zustehenden Zahlungsfrist, liquid sein müssen [450]), und daß

5) derjenige, der an eine besondere fiskalische Behörde, eine Specialcasse, Einnahme, Büreau des Fiscus zu zahlen hat, nicht dasjenige zur Compensation bringen kann, was er von einer anderen solchen Behörde zu fodern hat [451]). Diese verschiedenen Behörden werden also hier als verschiedene Personen

---

Calenden abgetragen wurden, und daher das Buch, in welches dergleichen Posten eingetragen wurden, Calendarium hieß, zeigen Averanius interpr. jur. Lib. II. c. 23. no. 5. Fichtner a. a. O. §. 16. Auf unverzinsliche Darlehne darf man das Gesetz nicht ausdehnen, weil gerade um der Zinsen willen der Staat ein Interesse an dem Wegfalle der compensatio hat. Vgl. L. 12. h. t. cit.

450) L. 46. §. 4. de jure fisci 49, 14. Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet. Nun sind aber gerade zwei Monate die Frist, die dem Schuldner des Fiscus zur Zahlung gelassen wird. L. 45. §. 10. de jure fisci. Es ist daher wenigstens sehr wahrscheinlich, daß gerade diese zwei Monate auch in der L. 46. cit. gemeint seien. Möglich ist es freilich auch, daß eine zweimonatliche Frist von der Vorschützung der exceptio compensationis an gegeben werden sollte.

451) L. 1. C. h. t. Et senatus censuit, et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Atque hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione, cujus mentionem fecisti, deberi constiterit, quam primum recipies. Was statio sei, erklären die Basiliken l. c. const. 25. Vgl. Cujacius recitt. solenn. ad L. 1. C. h. t. et ad L. 1. C. ne fiscus rem, quam vend. evincat.

betrachtet, deren jede sich nur das anrechnen zu lassen braucht, was sie selbst, nicht, was die andere schuldet. Als Grund hiervon wird ausdrücklich die Erhaltung der Geschäftsordnung angegeben. Es fragt sich dabei, ob man einer einzelen Station das, was die Hauptcasse, und der Hauptcasse das, was eine derselben untergebene Specialcasse schuldet, anrechnen könne. Das Erstere dürfte ob paritatem rationis zu verneinen, das Letztere mit Puffendorf[452]), Glück[453]) und Gottschalk[454]) zu bejahen sein, weil es keine Unordnung verursachen kann, wenn die Specialcasse das, was sie dem Gläubiger zahlen sollte, statt dessen an die Hauptcasse zahlt, zu der ja doch alle ihre Einnahmen und Ausgaben zu verrechnen sind.

c) Kommen diese Privilegien auch andern Personen zu Statten?

§. 74.

Bei der Betrachtung dieser Vorrechte des Fiscus ergeben sich zwei Fragen: 1) Lassen die Begünstigungen des Fiscus sich auch auf andere Personen ausdehnen? 2) kann man sich auch zum Nachtheile des Fiscus auf dieselben berufen?

Die erste Frage ist im Allgemeinen nach der Regel privilegia non sunt trahenda ad exemplar gewiß zu verneinen. Nur in so weit jene Ausnahmen keine wahren Ausnahmen sind, sondern sich durch Anwendung der allgemeinen Grundsätze von der compensatio auf die besondern Verhältnisse des Fiscus ergeben, müssen sie überall zur Anwendung kommen, wo gleiche Verhältnisse vorhanden sind. Es wird daher auf dasjenige, was man ad pias causas, die unter der Verwaltung der Kirche oder der Stadtgemeinden stehen, oder an städtische Behörden zur Brandcasse, zum Schuldentilgungsfonds zu zahlen hat, nicht mit Foderungen an die Kirche und an die Stadtgemeinde compensirt werden können. Die Praxis hat jedoch

---

452) Observatt. jur. univ. T. III. obs. 79. §. 3. 5.

453) a. a. O. §. 932. S. 82.

454) Disceptatt. forens. T. II. c. 12. p. 155. ed. 2.

häufig alle jene Privilegien auf die Kirche [455]) und die Stadtgemeinden ausgedehnt [456]). Für die Stadtgemeinden läßt sich noch insbesondere das anführen, daß am Ende der L. 3. C. cit. von einem debitor civitatis die Rede ist, civitas aber allerdings in der Regel eine Stadtgemeinde bezeichnet und dem Staate entgegengesetzt wird [457]). Allein zu Anfange der L. 3. cit. wird von dem, quod reipublicae debetur, gesprochen, und der Zusammenhang lehrt, daß das Wort civitas mit dem am Eingange gebrauchten respublica synonym gebraucht und nur der Abwechselung wegen statt des Letzteren gesetzt ist. Nun bezeichnet zwar auch respublica zuweilen eine einzele Stadtgemeinde, allein diese Bedeutung ist die seltnere, daher nicht zu vermuthende, und pflegt gewöhnlich durch einen Zusatz (Atheniensium — Carthaginensium) angedeutet zu wer-

---

455) Für Sachsen behauptet die Anwendbarkeit dessen, was von den verschiedenen Stationen gesagt ist, auf die Kirche Berger oec. jur. lib. III. tit. 15. th. 14. p. 654. (ed. Winkleri). Gemeinrechtlich stellt die Kirche dem Fiscus ganz gleich Bellojus a. a. O. p. 730. col. 1., weil Justinian sage: non multum differre sacerdotium ab imperio, nec res sacras a publicis. Die neueren Civilisten haben sich jedoch meistens stillschweigend gegen diese Ausdehnung erklärt. Jedenfalls ist es ganz verwerflich, wenn manche den clerisis und den Professoren hinsichtlich ihrer Honorarien ähnliche Begünstigungen zu Theil werden lassen. Vgl. Müller ad Struv. synt. l. c. th. 23. r.

456) Donell a. a. O. lin. 70. Fichtner a. a. O. §. 15. v. Wenning-Ingenheim Lehrbuch B. 3. §. 246. Auch Mühlenbruch doctr. pand. Bd. II. §. 471. no. 4. unterscheidet zwischen fiscus und respublica, jedoch ohne sich über die Bedeutung dieses Unterschiedes näher zu erklären.

457) L. 16. de V. S. Man hat deshalb sogar bezweifelt, ob alle in L. 3. C. cit. erwähnte Ausnahmen auf den Fiscus zu beziehen seien, da L. 46. §. 5. de jure fisci nur einige derselben nenne. Allein in der letzteren Stelle war es dem Juristen mehr um die Regel, in der ersteren dem Kaiser mehr um die Ausnahmen zu thun. Beide müssen daher durch einander ergänzt werden.

den[458]). Noch weniger läßt sich eine Ausdehnung jener Privilegien auf Privatpersonen, denen einzele jura fisci zustehen, rechtfertigen.

d) Kann man sich auf diese Ausnahmen auch gegen den Fiscus berufen?

§. 75.

Dagegen ist die zweite der zu Anfange des vorigen §. aufgeworfenen Fragen nicht so schlechthin zu verneinen. Es fragt sich hier nehmlich: hat durch die oben angeführten Gesetze in den betreffenden Fällen dem Schuldner des Fiscus das Recht entzogen werden sollen, sich auf die obschon an sich stattfindende compensatio zu berufen, oder hat damit gesagt werden sollen, daß die Compensation, d. h. die Fiction gegenseitiger Selbstzahlung, in diesen Fällen gar nicht eintrete? In den §. 72. angeführten Fällen kann darüber kein Zweifel sein. Aber auch in den §. 73. genannten Fällen[459]. scheint die letztere Ansicht die der Natur der Sache gemäßere und die billigere zu sein. Wenn nehmlich der Schuldner des Fiscus genöthigt ist, ungeachtet seiner Gegenfoderung baar zu bezahlen, so kann auch der Fiscus nicht zu ihm sagen: creditorem sibi ipsum solvisse, vel debuisse solvere, denn er sollte eben nicht das, was er schuldete, zur eigenen Befriedigung anwenden, sondern dem Fiscus zahlen. Darauf führen auch die Fictionen, aus denen wir einige jener Ausnahmen ableiteten, nehmlich die Fiction eines Versprechens der Baarzahlung, einer Verschiedenheit der Personen. Sie führen die Sache auf einen Standpunkt, wo die Compensation gar nicht eintreten kann. Auch würde es hart sein, den Schuldner zur Baarzahlung zu zwingen, während er, wenn Er klagen wollte, die Lossprechung des Fiscus wegen Compensation zu befürchten hätte. Am auffallendsten aber wäre die Unbilligkeit bei gegenseitig auf-

---

458) **Heineccius** ad **Brisson.** de V. S. v. Respublica. L. 16. de V. S.

459) Mit Ausnahme des sub 4. genannten, worüber s. unten §. 98.

gelaufenen Zinsen. Hier würde der Fiscus, wenn auf Seiten seines Schuldners höhere Zinsen zu zahlen wären, Compensation nicht eintreten lassen, mithin die Zinsendifferenz gewinnen, während, wenn auf Seiten des Fiscus (z. B. ob moram) höhere Zinsen zu zahlen wären, er auf Compensation provociren und sich so seiner Zinsverbindlichkeit entziehen würde.

Es ergiebt sich hieraus, daß die eigentliche ipso jure eintretende Compensation in den obigen Fällen nicht stattfindet, daß daher auch dem Fiscus die eigentliche exceptio compensationis, die Behauptung: compensationem factam esse, et ipso jure liberationem, nicht zusteht. Eine andere Frage aber ist es, ob nicht der Fiscus auf sein Recht verzichten und dadurch die Compensation herbeiführen kann? Dieß muß wegen der Regel: quod in commodum alicujus constitutum est, non debet in incommodum ejus detorqueri, bejaht werden. Der Fiscus hat im Falle der L. 1. C. h. t. das Recht, es so anzusehen, als ob die verschiedenen Stationen verschiedene Personen wären; er hat im Falle der L. 7. C. h. t. das Recht, es so anzusehen, als ob der Kauf unter der Bedingung der Baarzahlung geschlossen wäre. Auf diese Rechte kann er verzichten, und dann steht der Compensation nichts mehr im Wege. Die Compensation tritt nur nicht ipso jure, sondern facto hominis, nehmlich durch die Erklärung des Fiscus, compensiren zu wollen, ein. Die Folgen davon sind, wie bei jeder nicht ipso jure eintretenden compensatio, daß deren Wirkungen (namentlich auf den Zinsenlauf) nicht über die Zeit jener Erklärung hinausgezogen werden können, und daß der Fiscus, wenn er es hat bis zum Processe kommen lassen, ohne jene Erklärung zu thun, an den Kläger die bis dahin erwachsenen Proceßkosten erstatten muß. Auch wird ihm jene Erklärung nur so lange etwas helfen, als die Foderung, worauf er compensiren will, noch in den Händen seines Schuldners ist[460]), also z. B. nicht mehr nach ausgebrochenem Concurse zu dessen Vermögen[461]).

---

460) S. oben §. 65. not. 385 und §. 69. I. A. A). 1, c.

461) Vgl. über diese ganze Materie Gottschalk disceptt. forens.

3) Ausnahme zum Nachtheile des malae fidei possessor.

§. 76.

Ganz andere Grundsätze gelten von dem, der auf Herausgabe oder Ersatz einer von ihm gewaltsam[462]), oder überhaupt mala fide besessenen[463]) Sache belangt wird. Wofern hier nur sonst die Bedingungen der compensatio vorhanden sind, tritt diese allerdings ein, allein der malae fidei possessor darf sich, zur Strafe seiner mala fides, nicht auf dieselbe berufen; die exceptio compensationis wird ihm verweigert[464]). Dem Gegner aber bleibt es unbenommen, da, wo ihm dieß vortheilhaft scheint, zu behaupten: creditorem sibi ipsum solvisse, vel debuisse solvere[465]).

4) Ausnahme bei der actio depositi.

§. 77.

Eine dritte Hauptausnahme von der aequitas compensationis findet statt bei der actio depositi[466]). Schon das

---

T. II. c. XII. In dem daselbst angeführten Falle hatte der Fiscus allerdings noch vor eröffnetem Concurse zu dem Vermögen dessen, der ihm aus einer Verwaltung schuldig war, erklärt, daß er mit der wegen einer anderen Verwaltung bestellten Caution auf diese Schuld compensiren wolle.

462) L. ult. §. 2. C. h. t.

463) L. 31. §. 1. de hered. pet. 5, 3.

464) Arg. L. ult. C. cit. v. compensatio *non datur.*

465) L. 31. §. 1. de h. p. cit. v. Quid tamen, si expediat petitori, debitum esse dissolutum propter poenam, vel aliam causam? *potest dici, ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere.* Daß man von dem malae fidei possessor nicht auf den Schuldner des Fiscus schließen dürfe, ist wohl von selbst einleuchtend.

466) Pauli sent. rec. lib. II. tit. 12. §. 12. In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est. L. 11. C. depositi. 4, 34. pr. Si quis *vel pecunias*, vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuit,

ältere römische Recht kannte diese Ausnahme. Doch scheint sie vor Justinian eine andere Bedeutung gehabt zu haben, als nach dessen Verordnung. Es ist nehmlich schon oben erwähnt worden, daß nach altrömischem Rechte auch solchen persönlichen Klagen, deren Hauptzweck auf Restitution eines corpus gerichtet war, compensatio entgegengesetzt werden konnte, weil der Beklagte auch hier in eine Geldsumme condemnirt wurde [467]. Dieß nun sollte bei der actio depositi nicht stattfinden; der Beklagte sollte sich hier nicht durch Berufung auf Gegenfoderungen, der Alternative, entweder die Sache herausgeben, oder die (infamirende) condemnatio leiden zu müssen [468], entziehen können. Diese Bestimmung bezog sich aber ihrem ganzen Zwecke nach nur auf Depositen von deponir-

---

reddere illico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat: quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res, *vel pecuniae*, ab utraque parte quam celerrime, sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae quoque ei serventur. Quod obtinere (sicut jam dictum est) oportet, et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata, depositae res *vel pecuniae*, prima fronte restituantur. Der §. 1. handelt von der exc. donationis. L. 14. C. h. t. v. excepta sola depositi actione. §. 30. I. de actt. mit denselben Worten. L. 6. C. de R. V. gehört nicht hierher, da in derselben das Wort compensatio für datio in solutum steht.

467) S. oben §. 50.

468) Nach neuerem Rechte wurde der nicht restituirende Beklagte zur Restitution gezwungen und doch infam. L. 10. C. depositi. 4, 34.

ten Sachen, nicht aber auf Gelddepositen. Dem scheint zwar eine Stelle bei Seneka[469]) zu widersprechen, wo ausdrücklich versichert wird, daß bei einem Gelddepositum auf der einen, und einem furtum auf der andern Seite jeder seine Klage behalte, allein bei näherer Prüfung zeigt sich dieß Zeugniß sehr unzuverlässig. Seneka will nehmlich hier seinem jungen Freunde beweisen, daß eine Wohlthat ein Unrecht nicht aufhebe, und umgekehrt. Da dieser sich nun auf die compensatio beruft[470]), so stellt ihm Seneka jene Instanz vom Depositum entgegen. Wie wenig gewissenhaft er dabei zu Werke geht, zeigt schon der Umstand, daß er das, was beim Depositum gelte, als Regel, die compensatio als Ausnahme darstellt[471]. Ueberdieß, was schließt Seneka hieraus? etwa daß zwischen Wohlthat und Unrecht gar keine Abrechnung stattfinde? Keinesweges, sondern nur, daß sie einander nicht ganz aufheben, sondern es darauf ankomme, wie viel durch die Wohlthat genützt, und durch das Unrecht geschadet worden sei[472]). Er scheint also mehr an die comp. mutui delicti, als an die comp. debiti et crediti gedacht zu haben, oder vielmehr er dachte an beides zusammen, nur nicht mit gehöriger Klarheit. Denn daß es eine comp. mutui delicti in solidum gebe, daß es auch eine comp. debiti et crediti quoad concurrentem summam gebe, und daß dabei eine Ausnahme hinsichtlich des depositi stattfinde, das konnte wohl auch ein Nichtjurist wissen; aber wie sich diese drei Dinge zu einander

---

469) De benef. lib. VI. c. 5. Non confunditur formula, si, qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit; et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi.

470) Seneca ibid. c. 4. oben not. 81. angef.

471) eod. c. 5. verbis: Quae proposuisti, mi Liberalis, exempla certis legibus continentur, quas necesse est sequi.

472) Ibid. v. Licet me comparare inter se, quantum profuerit mihi quisque, quantum nocuerit, tum pronunciare, utrum plus debeatur mihi, an debeam.

verhielten, darum hatte sich wohl der Philosoph nicht bekümmert. Eine Beweiskraft wenigstens kann sein Zeugniß unter diesen Umständen nicht haben.

Dagegen giebt es dafür, daß bei Gelddepositis nach älterem Rechte compensatio allerdings zulässig war, auch positive juristische Beweise. Dahin gehört: 1) die Erklärung, welche Paulus dem Satze: in causa depositi compensationi locus non est, hinzusetzt, indem er fortfährt: sed res ipsa reddenda est, woraus sich ergiebt, daß er bei jenem Satze überhaupt nur an depositum rei certae gedacht hat; 2) daß Gajus[473]) unter den bonae fidei actionibus, welche er als solche Klagen, bei denen compensatio stattfinde, also mit ausdrücklicher besonderer Rücksicht auf die compensatio, aufzählt, auch die actio depositi nennt, ohne dabei etwas von einer Ausnahme zu erwähnen. Dieß wäre nicht möglich gewesen, wenn schon zu seiner Zeit wie nach justinianischem Rechte gegen die actio depositi überhaupt Berufung auf compensatio unzulässig gewesen wäre; 3) daß Justinian sich bewogen fand, über die Compensation beim depositum ein ausführliches Gesetz zu erlassen, und in diesem Gesetze es besonders hervorzuheben, daß weder bei Gelddepositis, noch bei anderen Compensation stattfinde[474]), und diese Disposition mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß überhaupt gegen die actio depositi keine Compensation zugelassen werden solle, wiederholt einzuschärfen[475]).

Diese justinianische Verordnung giebt aber zu manchen Fragen Veranlassung.

1) Findet auch wegen impensae necessariae keine compensatio oder retentio statt? — Nach den Worten der L. 11. C. cit. müssen wir diese Frage be=

---

473) Inst. comm. IV. §. 62.

474) L. 11. C. depos. not. 466. cit. in den cursiv gedruckten, dreimal wiederholten Worten.

475) L. 14. §. 1. h. t. §. 30. I. de actt. citt.

jahen, da gegen die actio depositi keine exceptio compensationis, deductionis, doli zugelassen werden soll, und ohne eine dieser Exceptionen die impensae nicht geltend gemacht werden können. Wenn daher auch Justinian vielleicht bei seiner Constitution nur an selbständige Gegenansprüche ex dispari causa gedacht hat[476]), was um so wahrscheinlicher ist, da er als den äußersten Fall den anführt, wo zwei deposita einander gegenüberstehen; wenn es daher auch nicht seine Absicht gewesen sein mag, die Compensation und Retention wegen impensae necessariae auszuschließen, so hat er doch diese Absicht nicht deutlich zu erkennen gegeben, und an die Worte müssen wir uns halten.

2) Geht die L. 11. C. cit. auch auf depositum irregulare? — Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob wegen des depositum irregulare die actio depositi oder eine andere Klage stattfinde. Denn gegen die actio depositi ist die exceptio compensationis unzulässig. Daß aber aus einem depositum irregulare allerdings die actio depositi entspringe, braucht hier nicht ausführlich nachgewiesen zu werden, da es von Andern bereits geschehen ist[477]). Auch wird man, wenn man sich nur den Charakter des depos. irregulare recht vergegenwärtigt, die Ausschließung der exc. comp. hier eben so wenig unbillig finden können, als bei einem ausdrücklichen Versprechen der Baarzahlung[478]).

3) Kann auch der Deponent nicht mit dem depositum compensiren?[479]) — Diese Frage wird wie

476) Wie Arn. Vinnius sel. jur. quaest. lib. I. c. 51. als Argument für die entgegengesetzte Meinung behauptet. Vgl. auch Struv. synt. exerc. 21. tit. 3. th. 44.

477) Glück a. a. O. S. 157. ff.

478) A. M. ist Lauterbach Coll. th. pr. h. t. §. 20.

479) Die Glossatoren stellten die Frage so: ob der actio depositi contraria die exc. comp. entgegengesetzt werden könne. Bulgarus leugnete diese Frage, Martinus bejahte sie. Letzterem pflichtet Tyndarus a. a. O. aus dem sehr richtigen Grunde bei,

bei dem debitor fisci zu entscheiden sein. Er kann es, wenn er sich zeitig genug darüber erklärt, und dem Depositar die bis dahin erwachsenen Proceßkosten und Zinsen bezahlt. Denn zu verdenken war es diesem auf keine Weise, daß er klagte, weil er durch das Depositum vermöge der L. ult. C. h. t. durchaus nicht gesichert war.

4) Kann die Gläubigerschaft demjenigen, der ein Gelddepositum aus dem Concurse fodert, die exceptio compensationis entgegenstellen? — Ist das deponirte Geld noch in natura vorhanden, so kann sie es nicht. Denn dann liegt eine reine obligatio faciendi vor, an deren Erfüllung die Gläubiger auch den insolventen Schuldner nicht hindern dürfen. Ist aber das Geld consumirt, oder, was dasselbe ist, kann der Deponent die Existenz und Identität des Geldes nicht beweisen, so ist die obligatio faciendi in eine oblig. dandi verwandelt, deren Erfüllung, so weit sie möglich ist, aus der Masse gefodert werden muß. Von dieser aber fodert der Gläubiger sein Geld nicht mehr als depositum zurück; bei ihr hat er nichts deponirt; auf den Concurs geht nur der neue Obligationsgrund über, welcher in dem factum illicitum der consumtio des Geldes liegt, und zwar nicht den Depositar selbst zur exceptio compensationis berechtigt, quia nemo suo maleficio meliorem conditionem suam reddere potest, und weil er daher so angesehen wird, als wenn er immer noch ex deposito gehalten wäre; wohl aber die Gläubigerschaft. Mithin steht dem liquidirenden Deponenten die exceptio compens. allerdings entgegen.

5) Giebt es noch andere Ausnahmen von der aequitas compensationis?

§. 78.

Andere Ausnahmen von der aequitas compensationis

---

weil Justinian offenbar nur die Absicht gehabt habe, daß das Vertrauen des Deponenten nicht getäuscht werden solle. Dasselbe gilt aber von allen andern Klagen gegen den Deponenten.

giebt es nicht. Zwar hat man zuweilen dergleichen behauptet, allein sie lassen sich gemeinrechtlich nicht vertheidigen.

Die verbreitetste Annahme der Art ist, daß auf Alimentenfoderungen Compensation unzulässig sei[480]. Man beruft sich deshalb auf L. 3. C. h. t.[481], indem man behauptet, daß die compensatio ex causa alimentorum daselbst nicht sowohl aus Begünstigung des Fiscus, sondern vielmehr aus Begünstigung der auch sonst begünstigten Alimente untersagt sei. Allein wir haben oben gesehen, daß in diesem Verbot weder eine Begünstigung des Fiscus, noch der Alimente liegt.

Dasselbe gilt von der Behauptung, daß auf ein Fideicommiß keine Compensation stattfinde[482]. Dem widerstreitet sogar ein ausdrückliches Gesetz[483].

Auf Zehnten hat man die Compensation nach Analogie der tributa ausgeschlossen[484]. Allein es kommt dabei offen=

---

480) Voet a. a. O. no. 16. Cujac. exposit. Novell. 88. Mästertius a. a. O. M. Ant. Peregrinus de jure fisci libb. VII. Montisbeligardi 1619. lib. VI. no. 15. Berger a. a. O. §. IV. not. 5. no. 3. versichert, daß diese Meinung in praxi angenommen sei. Der Code civil §. 1293. und das preuß. Landr. §. 366. haben sie zum Gesetz erhoben. Peregrin a. a. O. rechnet hierher auch mercedes, als eine Art von Alimenten; ja man hat sogar behauptet, daß der Banquier einem Studenten auf seinen Wechsel keine Gegenfoderungen anrechnen könne, weil der Wechsel zu Alimenten bestimmt sei. Müller ad Struv. synt. h. t. th. 23. r. mit vielen Citaten.

481) Auch an anderen Citaten hat es den Vertheidigern dieser Meinung nicht gefehlt, z. B. L. 8. de alim. legatis. L. 27. §. penult. de inoff. test. L. ult. C. de ord. cognition. Sie enthalten aber durchaus nichts hierher Gehöriges.

482) Peregrinus l. c.

483) L. 5. C. h. t. Etiamsi fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te majorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit petitionem, petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.

484) Peregrinus l. c.

bar auf die quaestio facti an, ob die Zehnten in dem besonderen Falle die Natur der Abgaben haben, oder nicht.

Die von einigen älteren Rechtslehrern aufgestellte Ausnahme, daß der repetitio dotis keine exc. compens. entgegengesetzt werden könne, weil Justinian die Retentionen aufgehoben habe, hat schon Tyndarus [485]) mit acht Gründen widerlegt, die sich aber sämmtlich darauf reduciren, daß compensatio und retentio verschiedene Dinge sind, worauf schon Paulus bei Gelegenheit der compens. in dotem aufmerksam gemacht hat [486]). Man kann noch hinzusetzen, daß Justinian ausdrücklich erklärt hat, an die Stelle der retentio propter impensas necessarias trete der Grundsatz imp. necessariae ipso jure minuunt dotem [487]).

Wenn man endlich auch beim commodatum die exc. compensationis für ausgeschlossen gehalten hat, so hat man wohl nur den eigentlichen Streitpunkt übersehen [488]). L. 4. C. de commodato (4, 23) ist ganz nach dem allgemeinen Grundsatze, daß Geld mit Sachen nicht compensabel ist, zu erklären [489]).

---

485) a. a. O. art. 5. no. 42—46.

486) L. 15. §. 1. soluto matr. 24, 3. vgl. L. 22. §. 3. L. 63. §. 1. eod.

487) L. un. §. 5. C. de r. u. a. 5, 13.

488) Mit demselben Rechte behauptet daher Bellojus a. a. O. p. 734., daß auch beim precarium, der actio locati u. s. w. compensatio nicht stattfinde. Der Code civil §. 1293. hat diese Ausnahme ohne Weiteres aufgenommen, das pr. Landr. §. 363. 365. aber den richtigen gemeinrechtlichen Gesichtspunkt festgehalten.

489) Praetextu debiti restitutio rei commodatae non probabiliter recusatur. Die verschiedenen Auslegungs-, sogar Emendationsversuche dieser Stelle (Cujac. schlägt vor commendatae st. commodatae zu lesen) s. in Giphanii explanat. diffic. et celebr. leg. Cod. ad. h. l. Die richtige Auslegung hat schon Tyndarus a. a. O. art. 5. no. 23. Vgl. besonders oben §. 50.

Drittes Buch.

Von den Rechtsmitteln zur Geltendmachung der aequitas compensationis.

I. Exceptio compensationis.

1) Von dem Grunde der exceptio compensationis.

§. 79.

Die aequitas compensationis beabsichtigt, daß jedem der beiden Gegengläubiger seine Befriedigung durch Innebehaltung dessen, was er dem Anderen schuldet, gesichert werde [490]), sie legt daher beiden nicht nur das Recht bei, sondern auch die Pflicht auf, das, was Jeder dem Anderen schuldet, zu seiner eigenen Befriedigung zu verwenden [491]), nicht aber diese von dem Andern zu suchen. So lange nun beide Theile von diesem Rechte Gebrauch machen, und dieser Pflicht nachkommen, bedarf es keiner äußeren Handlung, am wenigsten eines Rechtsmittels, um sich die Vortheile der compensatio zu sichern, vielmehr besteht ihr größter Vortheil eben in der Ersparniß solcher Handlungen und Rechtsmittel zur Erlangung seiner Befriedigung. Selbst wenn eine der Parteien sich weigerte, jene Verpflichtung zu erfüllen, würde für die andere deshalb in der Regel noch nicht die Nothwendigkeit eintreten, gerichtlichen Schutz zu suchen, weil sie, so lange der Andre sie nicht zur Zahlung zwingt, durch Innebehaltung ihrer Schuld hinlänglich gesichert wäre [492]).

---

490) S. oben S. 17. 18.

491) S. oben S. 11. 12.

492) Vgl. jedoch unten §. 100.

Um der aequitas compensationis vollen Schutz zu gewähren, ist es daher in der Regel hinreichend, dem Gegenschuldner für den Fall, daß der Andere ihn auf gerichtlichem Wege zur Zahlung zwingen wolle, ein Vertheidigungsmittel gegen die Klage desselben zu gewähren. Das Mittel, die compensatio vor Gericht geltend zu machen, ist daher wesentlich eine Einrede oder Ausflucht. Sie besteht in der Behauptung, daß die Foderung des Klägers, wenn sie auch an sich bestehe, doch von dem Augenblicke an, wo ihr eine compensable Gegenfoderung gegenüberstand, zur obligatio inefficax geworden sei, mithin den Kläger nicht mehr zur Klage berechtigt habe. Die Folge dieser Behauptung, wenn sie gegründet erfunden wird, wird sein, daß nicht nur der Beklagte losgesprochen, sondern auch der Kläger, als ein temere litigans, zur Erstattung der Kosten verurtheilt werde.

Dabei wird jedoch noch vorausgesetzt, 1) daß dem Beklagten seine compensable Gegenfoderung schon vor Anstellung der Klage zugestanden habe, und 2) daß zwischen dieser Gegenfoderung und der geklagten die compensatio entweder ipso jure eingetreten, oder, wenn sie nur in Folge einer Erklärung des Beklagten eintreten konnte, diese Erklärung schon vor Anstellung der Klage abgegeben worden sei [493]). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht vorhanden, so wird es zwar dem Beklagten freistehen, noch jetzt die Aufhebung des klägerischen Anspruches zu behaupten, oder durch jene Erklärung zu bewirken, doch kann er sich dadurch, wie, wenn er erst jetzt bezahlte, nicht mehr der Gewährung der bis dahin aufgelaufenen Zinsen und Proceßkosten entziehen. Reicht seine Gegenfoderung auch hierzu aus, so wird das Klagrecht des Klägers von der Zeit an, wo der Beklagte die exc. comp. vorschützte, unwirksam, und setzt er die Klage dennoch fort, so muß er wenigstens die von diesem Momente an erwachsenen Kosten erstatten; deckt aber die Gegenfoderung nur den geklagten Hauptstamm, so

---

493) Vgl. oben §. 4. und 26. am Ende.

braucht der Kläger nur gegen baare Bezahlung jener Accessorien seine Klage zurückzunehmen.

In allen diesen Fällen beruht die exceptio compensationis auf der Existenz einer compensablen Gegenfoderung. Diese ist das eigentliche Fundament derselben. Der Beklagte wird also, da nöthig, nicht nur eine ihm zustehende Foderung, sondern auch die materiellen Bedingungen der compensatio 594) erweisen müssen.

Dieses letzteren Beweises würde er überhoben sein, wenn er sich darauf beziehen könnte, daß die geklagte Foderung bei einer gegenseitigen Berechnung vom Kläger abgerechnet, oder deren Aufhebung durch Gegenfoderung sonst vom Kläger anerkannt sei. Denn dann bezöge er sich auf compensatio voluntaria, deren wesentlicher Grund ein Vertrag ist, wobei es also nicht auf die Bedingungen der compensatio (necessaria), sondern nur auf die eines gültigen Vertrages ankommt 495). Die Existenz der vorgeschützten Gegenfoderung kann aber auch hierbei in Frage kommen, insofern ein Vertrag über eine nicht existirende, aber irrthümlich als existirend angenommene Sache ungültig ist 496). Allein wenn dieß vom Kläger behauptet würde, so läge darin eine reine Replik, welche der Kläger zu erweisen hätte. Von Seiten des Beklagten würde hier also jedenfalls der Beweis des Vertrages genügen.

---

494) S. oben Buch II. Cap. 1—3.

495) S. oben §. 3.

496) Auch in sofern kann die Frage nach der Existenz wichtig werden, als, wenn bei der comp. voluntaria eine nicht existirende Foderung wissentlich als existirend angenommen wurde, keine wahre comp. voluntaria vorliegt, sondern ein pactum remissorium palliatum. Da jedoch die Wirkungen beider unter den Parteien dieselben sind, so kommt darauf hier weiter nichts an. Vgl. hierüber oben §. 29.

2) Vertheidigungsmittel des Klägers gegen die exc. compensationis.

a) Bestreitung der materiellen Bedingungen der compensatio.

§. 80.

Der Kläger kann sich gegen die exceptio compensationis zunächst dadurch vertheidigen, daß er die Existenz oder die Compensabilität der vorgeschützten Gegenfoderung bestreitet. Dieß ist aber nach dem Obigen keine Replik, sondern nur Leugnen des Grundes der Ausflucht. Etwas Andres ist es, wenn der Kläger eine positive Ausnahme von der aequitas compensationis für sich anführt [497]). Dieses Anführen enthält in der Regel eine wahre Replik, doch wird der Beweis derselben häufig mit dem Beweise des Klagegrundes zusammenfallen, z. B. wenn der Kläger beweisen muß, daß seine Foderung auf einem depositum beruhe, wenn der Fiscus beweisen muß, daß der Beklagte ihm öffentliche Abgaben u. s. w. schulde. Nur der Beweis der mala fides des Beklagten, wenn er nur zu dem Zwecke unternommen wird, um die Compensation auszuschließen, läßt sich als ein reiner Replikenbeweis betrachten, denn er bezieht sich auf ein Recht, zu verlangen, daß der Beklagte von der ihm eigentlich zustehenden exceptio compensationis keinen Gebrauch mache, also auf eine reine exc. exceptionis [498]). In einem Falle aber hat auch hier der Beklagte zu beweisen, nehmlich wenn er gegen eine klagende statio des Fiscus behauptet, daß ihm gerade diese statio, nicht eine andere etwas schuldig sei. Denn die verschiedenen Stationen werden hier als verschiedene Personen angesehen [499]). Es ist also so gut, als wenn der Kläger behauptete, daß er dem Beklagten gar nichts schuldig sei.

---

497) S. oben Buch II. Cap. 4.

498) S. oben §. 76.

499) S. oben §. 73.

b) Replicatio compensationis.

§. 81.

Auch die compensatio selbst kann als replicatio gegen die exceptio compensationis gebraucht werden, indem der Kläger behauptet, daß die exceptionsweise vorgeschützte Foderung bereits durch anderweite Foderungen des Klägers compensando getilgt sei. Nur wird hier der Kläger außer dem vollständigen Grunde der exceptio compensationis noch darthun müssen, daß die Foderung, durch welche nach seiner Behauptung die Exceptionsfoderung aufgehoben sein soll, eher fällig geworden sei, als die geklagte, — denn sonst war die geklagte Foderung schon getilgt, als die Replikfoderung compensabel wurde, der Kläger durfte mithin nur diese, nicht jene, einklagen [500]), — oder, daß die Exceptionsfoderung erst fällig geworden sei, als beide, die Foderung der Replik und der Klage, schon fällig waren; denn im letzteren Falle hatte der Kläger die Wahl, auf welche seiner Foderungen er die Gegenfoderung des Beklagten sich anrechnen wollte; er konnte sie auf die Replikfoderung rechnen und behielt dann die geklagte [501]). Eine besondere Erklärung hierüber von seiner Seite ist dazu nicht erfoderlich, denn durch die Anstellung der Klage hat er seine Willensmeinung sattsam zu erkennen gegeben.

c) Replicatio pacti de non compensando.

aa. Erfodernisse und Wirkungen eines solchen pacti.

§. 82.

Wie auf jede wahre Einrede, und auf jedes reine Recht, so kann man auch auf die exceptio compensationis willkürlich verzichten, und wer sich dann, ungeachtet einer solchen Verzichtleistung, auf compensatio beruft, dem steht die replicatio pacti entgegen. Welche Bedeutung aber eine solche Verzichtleistung habe, und was dazu gehöre, liegt nicht so ganz auf der Hand.

---

500) S. oben §. 52.

501) S. oben §. 52.

Wer auf eine bereits erworbene exceptio compensationis verzichtet, der verzichtet auf das Recht, zu behaupten, daß eine gewisse Foderung seines Gegners durch eine bestimmte Gegenfoderung von seiner Seite aufgehoben sei. Die natürliche Folge davon ist, daß, wenn nunmehr diese Foderung bezahlt wird, sie mit allen bis dahin erwachsenen Zinsen u. s. w. bezahlt werden muß. Daß sie aber baar bezahlt werden müsse, folgt daraus keineswegs. Vielmehr liegt in jener Verzichtleistung das Anerkenntniß, daß nunmehr auf beiden Seiten wieder wirksame und compensable Foderungen existiren. Ist dieß aber der Fall, so bringen diese Foderungen auch sofort eine neue Compensation hervor. Verzichtleistung auf diese wäre Verzichtleistung auf eine künftige exceptio compensationis, welche aus der Verzichtleistung auf eine bereits erworbene nicht so ohne Weiteres geschlossen werden kann[502]. Wer also auf eine bereits erworbene exc. comp. verzichtet, scheint dadurch nur das Recht zu verlieren, zu behaupten, daß vor jener Verzichtleistung compensatio eingetreten sei. Indeß glaube ich doch, daß man etwas weiter gehen muß. Es liegt nehmlich in jener Verzichtleistung zugleich die Erklärung, daß das fragliche Schuldverhältniß noch fortdauern solle, was aber unmöglich wäre, wenn sofort ipso jure compensatio von Neuem einträte. Wie lange aber dieses Schuldverhältniß fortdauern solle, hängt bei compensablen, mithin exigiblen Foderungen lediglich von der Willkür eines jeden der beiderseitigen Gläubiger ab. Erklärt nun einer derselben seinen Willen, es aufzuheben, indem er z. B. Zahlung verlangt, so wird dadurch das einzige Hinderniß der compensatio, welches darin bestand, daß das Schuldverhältniß fortdauern sollte, gehoben, der Verklagte wird sich also nunmehr, jener Verzichtleistung ungeachtet, zu seiner Vertheidigung auf compensatio berufen können. Mit einem Worte, die Verzichtleistung auf eine bereits erworbene exceptio compensationis bezieht sich in der Regel nur auf die

---

502) Mästertius an der not. 506. cit. Stelle.

compens. tacita, nicht auf die comp. expressa [503]). Nur unter besonderen Umständen kann sie auch auf diese ausgedehnt werden [504]).

Wer dagegen auf eine noch nicht erworbene exceptio compensationis verzichtet, der verzichtet nicht nur auf die comp. tacita, sondern auch auf die comp. expressa, weil es sonst in seiner Macht stehen würde, seine Verzichtleistung ganz bedeutungslos zu machen. Eine solche Verzichtleistung liegt in der Erklärung, auf eine bestimmte noch nicht fällige oder gar erst einzugehende Schuld entweder mit einer bestimmten Fode-

---

503) Daß dieß der präsumtiven Absicht der Contrahenten, die ja bei der Interpretation von Verträgen immer den Ausschlag giebt, gemäß sei, ergiebt sich schon daraus, daß, wenn weder die Existenz noch die Compensabilität der Foderungen bestritten wird, keiner derselben an der Baarzahlung ein denkbares Interesse hat. Man denke sich z. B. folgenden Fall. Der arme A hat seinem reichen Gönner B ein erspartes Capital auf Zinsen geliehen. Bevor dieses Capital fällig wird, braucht er Geld, und B streckt ihm eine gleiche Summe ohne Zinsen, jedoch sofort mahn- und zahlbar, vor. Jetzt wird die Schuld des B fällig. A fodert sie jedoch nicht zurück, sondern verlangt zur gewöhnlichen Zeit vom Geschäftsführer des B seine Zinsen. Dieser beruft sich auf Compensation. A wendet sich an den B selbst, und dieser erklärt nunmehr, daß er auf die exceptio compensationis verzichten wolle. Wird man ihm, wenn er hinterher von A verklagt wird, die exceptio compensationis verweigern?

504) Z. B. A klagt gegen B. B schützt eine Gegenfoderung vor, deren Existenz A bestreitet. Hinterher vergleichen sie sich dahin, daß A dem B sein Geld noch eine Zeit lang lassen will, unter der Bedingung, daß er auf die exceptio compensationis mit der vorgeschützten Foderung verzichte. Hier ging die Absicht offenbar dahin, daß die Zahlung durch Berufung auf compensatio nicht aufgehalten werden, sondern die Foderung des B, wenn Letzterer sich damit fortzukommen getraue, besonders ausgeführt werden solle. Der Unterschied zwischen diesem und dem vorigen Falle liegt darin, daß im ersteren die Gegenfoderung anerkannt wurde, im letzteren nicht.

rung oder überhaupt nicht compensiren zu wollen [505]), selbst wenn dem Verzichtenden eine compensable Foderung bereits zustehen sollte, weil dessenungeachtet die compensatio selbst, erst dann eintritt, wenn jene Schuld fällig wird. Ein allgemeines Versprechen der Art ist übrigens nicht nur auf bereits existirende, sondern auch auf zukünftige Gegenfoderungen zu beziehen [506]).

Alle diese verschiedenen Verzichtleistungen können übrigens sowohl einseitig, als zweiseitig geschehen. Die einseitige Verzichtleistung, mit einer bestimmten Foderung nicht zu compensiren, enthält aber die stillschweigende Bedingung, daß der Gegner auch auf dieselbe nicht compensire, weil sie sonst zu einer Verzichtleistung auf die Foderung selbst werden würde; die einseitige Erklärung, auf eine bestimmte Foderung nicht zu compensiren, entzieht auch dem nicht verzichtenden Gegner das Recht, zu behaupten, daß mit dieser Foderung die compensatio ipso jure eingetreten sei [507]).

---

505) In dieser Form kommt die Verzichtleistung auf die exc. comp. am häufigsten vor z. B. in den gewöhnlichen Formularen der Solawechsel.

506) Wenn Mästertius a. a. O. qu. 12. no. 7. und Lauterbach Coll. th. pr. h. t. §. 6. das Gegentheil behaupten, weil man an künftige Gegenfoderungen nicht gedacht habe, so haben sie wohl den obigen Fall einer Verzichtleistung auf eine bereits erworbene exc. comp. im Auge. Im Gegentheil läßt sich annehmen, daß bei Versprechungen wie die im Text erwähnte wohl in der Regel nur an künftige Gegenfoderungen gedacht wird, und daß sie bei schon vorhandenen Gegenfoderungen gar nicht verlangt werden, weil derjenige, der es thäte, sich dadurch dem Verdachte des Nicht-Zahlen-Wollens aussetzte. Gewöhnlich verlangt man sie in der Erwartung, daß man dem Schuldner nie etwas schuldig werden werde, um die chicanöse Aufstellung unbegründeter Gegenfoderungen unmöglich zu machen.

507) Nach Analogie der von dem Schuldner des Fiscus und vom depositum geltenden Grundsätze. S. oben §. 75. und 77. no. 3. Der Nichtverzichtende erhält auch hier das Recht, es so anzusehen, als ob compensatio gar nicht eingetreten wäre. Was vom malae

Daß beide Foderungen, zwischen denen compensatio eintreten solle, benannt seien, ist, wie schon aus dem Obigen sich ergiebt, nicht nothwendig; wohl aber muß eine von beiden, entweder die Foderung womit, oder die Foderung worauf, eine bestimmte, wenn auch noch nicht eingetretene sein, weil sonst das Object der Verzichtleistung zu unbestimmt, mithin das Versprechen selbst ungültig sein würde. Denn wer sich verpflichtete, gegen alle seine Schulden sich nie auf compensatio zu berufen, der begäbe sich dadurch eines seinem Umfange und materiellen Inhalte nach ganz unbestimmten und unbestimmbaren Rechtes; er setzte sich, zumal bei etwaniger Insolvenz des Gegners, einem ganz unberechenbaren Verluste aus, während dieser, wenn eine der Foderungen bestimmt ist, nie größer sein kann, als der Betrag eben dieser Foderung. Ein Vertrag zwischen zwei Geschäftsfreunden, sich nie gegen einander auf compensatio zu berufen, würde daher keine rechtliche Beachtung verdienen. Höchstens würde er nach Umständen auf die compensatio tacita bezogen werden können. Wollte man ihn aber auch von der comp. expressa gelten lassen, so würde er wenigstens auf Foderungen aus Contracten zu beschränken sein. Denn hier hat es doch noch Jeder einigermaßen in der Gewalt, wie viel er dem Andern schuldig werden, oder ihm creditiren wolle, nicht aber bei Foderungen aus Testamenten, aus Delicten, ex lege.

bb) Stillschweigende Verzichtleistung auf die exc. compensationis.

§. 83.

Dergleichen pacta de non compensando können, wie alle Verträge, auch stillschweigend eingegangen werden.

Eine solche stillschweigende Verzichtleistung liegt z. B. in der Verabredung, mit einer bestimmten Foderung nur auf eine bestimmte Gegenfoderung zu compensiren. Denn dadurch be=

---

fidei possessor in poenam gilt, dürfte auch hier keine Anwendung finden. Jedenfalls würde dieß der Absicht der Parteien gewiß nicht gemäß sein.

giebt man sich zugleich des Rechtes, dieselbe etwanigen anderen Gegenfoderungen entgegenzusetzen [508]. Dieß würde sowohl von bereits eingetretenen, als auch von zukünftigen Compensationen zu verstehen sein.

Eine stillschweigende Verzichtleistung auf eine **bereits eingetretene** compensatio liegt ferner darin, wenn der Gläubiger klagt, und der Schuldner wissentlich die exceptio compensationis nicht vorschützt [509]. Nur muß sich der Gläubiger in einer solchen Lage befunden haben, von der exceptio comp. wirksam Gebrauch machen zu können. Denn aus dem unterlassenen Gebrauche eines Rechtes, das man nicht wirksam gebrauchen **konnte**, läßt sich nicht schließen [510], daß man dasselbe nicht habe gebrauchen **wollen**.

Auch ein ausdrückliches Zahlungsversprechen kann zwar an sich [511] nicht als eine Verzichtleistung auf eine künftige, wohl aber muß es als Verzichtleistung auf eine **bereits erworbene** exc. comp. betrachtet werden [512]. Denn es liegt

---

508) L. 13. h. t. Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in caeteris non objiciatur.

509) S. unten §. 87. und 98.

510) Daher kann z. B. aus dem Nichtvorschützen einer illiquiden Gegenfoderung im Executivprocesse eine solche Verzichtleistung nicht abgeleitet werden. S. auch unten §. 94. und 98.

511) „Nisi appareat, excludendae compensationis causa factum esse" **Cocceji** jur. controv. h. t. qu. 1. Der Beweis für den obigen Satz liegt in dem Begriffe der solutio sowohl, als in dem der compensatio. L. 4. §. 7. de re jud. 42, 1. vgl. mit L. 10. pr. h. t.

512) Die älteren Schriftsteller haben diese Frage meist nur in Beziehung auf ein beschworenes Zahlungsversprechen abgehandelt. Allein m. s. unten Note 514. Unter dieser Voraussetzung wird demjenigen, der Zahlung einer bereits durch compensatio erloschenen Foderung versprochen hat, die exc. comp. ganz abgesprochen von **Müller** ad Struv. synt. 1. c. th. 27. **Maestertius** l. c. qu. 12 §. 7. **Walch.** introd. in contr. jur. S. III. c. 8.

darin das Anerkenntniß, daß eine Schuld bestehe, welchem die nachherige Behauptung, daß sie bereits durch Gegenfoderung erloschen gewesen sei, widersprechen würde. Wäre dabei ein neuer Zahlungstermin festgesetzt worden, so würde nach dessen Eintritte auch die compensatio ipso jure wieder eintreten, denn darin läge die Erklärung, daß das Schuldverhältniß eben bis zu diesem Termine fortdauern solle. Ein Gleiches gilt von dem, der sich für eine bereits durch cempensatio erloschene Schuld verbürgt [513]. Die eidliche Bestärkung des Zahlungsversprechens kann in dem Allen, nach der richtigen Ansicht über die Kraft des Eides, keine Aenderung machen [514].

Das Versprechen baarer Zahlung dagegen muß in der Regel als eine Verzichtleistung auf jede, sowohl bereits eingetretene, als künftig eintretende compensatio angesehen werden, weil das Wort baar im Gegensatze einer fingirten Zahlung genommen werden muß, zu welcher der Schuldner an sich auch wider den Willen des Gläubigers berechtigt wäre. Eine solche giebt es aber nicht außer der compensatio. Zwar setzt man Baarzahlung auch bisweilen der datio in solutum, der Anweisung u. s. w. entgegen. Allein alles dieß braucht ja der Gläubiger ohnehin nicht anzunehmen, es wäre also über-

---

§. 4., und auch ohne Eid von Wernher lectiss. comm. h. t. Vgl. übrigens über die Bedeutung einer Verzichtleistung auf eine bereits erworbene exc. comp. den vor. §.

513) Dahin dürften die entgegengesetzten Meinungen der Glosse ad L. 4. h. t. und des Mästertius a. a. O. zu vereinigen sein, von denen die erstere dem Bürgen in diesem Falle die comp. ganz abspricht, der Letztere sie ohne Einschränkung gestattet.

514) S. über diese in die Lehre vom Eide gehörige Frage Jac. Frid. Ludovici Diss. (resp. Rösing) de juramento compensationem non excludente. Halae 1717, wo auch §. 24. u. 51. die ältere Litteratur dieser Streitfrage zu finden ist; ferner H. L. Weber Unters. d. Frage: Kann derjenige, der eine Schuld eidlich zu bezahlen versprochen hat, sich durch vorgeschützte Compensation von selbiger befreien? in Overbeck's Meditt. über versch. Rechtsmat Rostock 1793. Bd. 1. no. 49.

flüssig, sich in dieser Beziehung Baarzahlung besonders versprechen zu lassen. Wenigstens wird hier der Promittent den Beweis führen müssen, daß das Wort Baarzahlung in einem anderen Gegensatze, als in dem der Zahlung durch Gegenrechnung genommen worden sei [515].

cc) Einfluß dieser Verzichtleistungen auf die Rechte dritter Personen.

§. 84.

Wer wissentlich einem mit Verzicht auf die exc. comp. gegebenen Zahlungsversprechen beitritt, kann sich natürlich ebenfalls gegen dessen Erfüllung weder auf eigne, noch auf Gegenfoderungen des Hauptschuldners berufen. Verzichtet der Hauptschuldner auf die compensatio, nachdem dieselbe bereits eingetreten ist, mithin auch der Bürge schon die exc. comp. erworben hat, so kann dieß dem wohlerworbenen Rechte des Bürgen nicht präjudiciren. Zweifelhafter könnte die Sache scheinen, wenn der Hauptschuldner verzichtet, nachdem der Bürge beigetreten ist, aber bevor er eine compensable Gegenfoderung erlangt hat. Zuvörderst scheint hier wieder so viel gewiß, daß er dem Bürgen dadurch das Recht, mit eigenen Foderungen zu compensiren, nicht entziehen könne. Allein auch die Berufung auf neue Gegenfoderungen des Hauptschuldners wird dem Bürgen nicht abzustreiten sein, dafern er nur nicht der Verzichtleistung auf irgend eine Weise beigetreten ist. Denn wenn gleich das Interesse des Hauptschuldners der Grund ist, weshalb das Gesetz im Allgemeinen dem Bürgen die Berufung auf dessen Gegenfoderungen gestattet, dieses Interesse aber wegfällt, wenn der Hauptschuldner auf die exc. comp. ver-

515) Bedenkt man aber freilich, wie unüberlegt gewöhnlich dergleichen Versprechen gegeben werden, so dürfte sich die Bestimmung des preuß. Landrechtes a. a. O. §. 373., daß auch aus dem Versprechen baarer Zahlung eine Verzichtleistung auf das Recht der Compensation noch nicht geschlossen werden solle, in legislativer Hinsicht empfehlen.

zichtet hat, so setzt doch die **Ausübung** jenes Rechtes keineswegs die Nachweisung oder das Vorhandensein jenes Interesses im concreten Falle voraus. Vielmehr erhält der Bürge aus L. 4. 5. h. t., welches auch deren legislativer Grund sein möge, ein selbständiges Recht, das ihm durch einseitige Handlungen des Hauptschuldners nicht entzogen werden kann [516]. Sonst müßte man consequenter Weise behaupten, daß es überhaupt vom Hauptschuldner abhänge, ob der Bürge sich auf dessen Gegenfoderungen berufen dürfe, oder nicht [517].

3) Bedingungen der Berücksichtigung der exceptio compensationis (formelle Bedingungen der compensatio).

a) Vorschützung derselben.

§. 85.

Wer bei dem Rechte, welches ihm die compensatio giebt, geschützt sein will, muß sich vor dem Richter auf dieses Recht berufen, d. h. er muß anführen, daß ihm eine compensable Gegenfoderung zustehe, und welche? Daß er mit dieser Foderung compensiren wolle, braucht er nicht ausdrücklich zu erklären [518], denn dieß muß schon aus dem Anführen derselben geschlossen werden, selbst da, wo die Compensation nur facto hominis eintreten kann. Daß er damit compensiren **könne**, braucht der Beklagte ebenfalls nicht anzuführen, denn dieß ist

---

516) Arg. L. 62 (ult.) de pactis. 2, 14. L. 15. pr. de fidejussoribus. 46, 1.

517) Als Gegner dieser Meinung möge **Titius** im jus privatum lib. 5. c. 13. §. 38, als Gewährsmann **Barth** im hodeg. forens. c. 4. §. 22. genannt sein. Titius Meinung geht aus der allgemeineren Ansicht desselben hervor: „Quam diu de voluntate compensandi non constat, tam diu comp. in suspenso est, illa vero secuta, retro incipit.“ Die im Texte vertheid. Meinung hat auch das preuß. Landr. a. a. O. §. 374. gebilligt.

518) Licet reus non expresse dixerit: *Volo compensare.* **Lauterbach** Coll. h. t. §. 26.

ein juristischer Schluß, den der Richter, dafern ihm nur die Materialien dazu gegeben werden, von selbst machen muß. Eine Bitte um Absolution mit diesem Anführen zu verbinden, ist ebenfalls nicht nothwendig, denn wenn der Richter nicht condemniren kann, so kann er ohnehin nichts Andres thun, als absolviren. Daß er aber das Erstere nicht könne, bewirkt das bloße Anführen und Erweisen der exc. comp., weil der Richter daraus sieht, daß dem Kläger ein Klagrecht nicht mehr zustehe, und der Beklagte dieß keineswegs ignoriren wolle. In sofern kann man sagen, daß es nicht mehr einer förmlichen Vorschützung der exceptio compensationis bedürfe, sondern eine einfache allegatio, cur reus absolvi debeat, genüge [519], und der Richter hierauf die Compensation ex officio berücksichtigen müsse. Nur muß man dieß nicht aus dem Satze comp. fit ipso jure, sondern aus dem Wesen des deutschen und wohl auch schon des justinianischen Processes ableiten.

Ohne ein solches Anführen des Beklagten aber darf der Richter die dem Letzteren zustehende exceptio compensationis nicht berücksichtigen, selbst wenn er aus den Acten von einer demselben zustehenden Gegenfoderung zufällig Kunde erhält [520]. Vielmehr muß er dann annehmen, daß der Beklagte, der sich auf diese Gegenfoderung, obgleich er dazu Gelegenheit hatte, nicht berufen hat, von der compensatio keinen Gebrauch machen, sondern, was ihm ja freisteht und ihm selbst vortheilhaft sein kann, auch seinerseits Baarzahlung fodern wolle.

---

519) Borcholten a. a. O. c. III. §. 19.

520) Die ältere Meinung s. oben §. 31. Positive Argumente für die im Text vertheidigte Ansicht bieten L. 2. h. t. v. si *paratus est* compensare (s. oben §. 22. u. 26.) §. 39. I. de actt. v. *opposita*. Vgl. Borcholten a. a. O. Mästertius a. a. O. qu. 28. no. 5. 6. J. H. Böhmer de judice procedente ex officio in causa civili c. 4. §. 12. Lauterbach Coll. th. pr. h. t. §. 26. m. Titius ad Lauterb. obs. 448. no. 1. Zaunschliff de officio judicis suppletorio P. I. concl. 10. §. 4. Struben rechtl. Bed. Bd. 4. Bed. 43. Glück a. a. O. §. 955. Mevius a. a. O. P. II. dec. 308.

Wir würden es kaum für nöthig gehalten haben, diesen allgemein anerkannten Satz noch besonders zu erwähnen, wenn man nicht in neuerer Zeit denselben zu weit ausgedehnt hätte. Hasse[521]) behauptet nehmlich, selbst dann, wenn der Kläger in seiner Klage die Existenz einer Gegenfoderung angegeben, jedoch erklärt habe, dieselbe nicht abrechnen zu wollen, dürfe die Klage nicht sogleich abgewiesen, sondern es müsse abgewartet werden, ob der Beklagte sich auf die compensatio berufe. Dieß nun kann unmöglich zugegeben werden. Denn der Beklagte hat ja ein Recht darauf, daß der Kläger abrechne; dieses Recht verletzt der Kläger, wenn er erklärt, nicht abrechnen zu wollen; er muß abrechnen, so lange der Beklagte nicht auf jenes Recht verzichtet[522]), und Verzichtleistung kann nie präsumirt werden. Ueberdieß würde es jener Klage an einem wesentlichen Theile des Klagegrundes fehlen, der, wenn er auch nicht überall ausdrücklich zu erwähnen ist, doch in sofern vorhanden sein muß, daß er ohne Widerspruch mit anerkannten Rechtssätzen und ohne Hinzufügung neuer Thatsachen supplirt werden kann, nehmlich an dem Anführen einer Läsion. Zum vollständigen Klagegrunde würde in jenem, von Hasse fingirten Falle gehören: der Beklagte habe eine Gegenfoderung, der Kläger wolle diese nicht abziehen, der Beklagte wolle sich dieß aber nicht gefallen lassen. Klagte Jemand aber auf diese Weise, ohne einen Grund anzuführen, weshalb der Beklagte verpflichtet wäre, nicht zu compensiren, so würde er offenbar sein Unrecht eingestehen, folglich mit seinem inepten Libelle abzuweisen sein. Man kann dagegen auch nicht einwenden, daß aus einem solchen Anführen des Klägers der Betrag der Gegenfoderung sich nicht ergebe, dieser aber, wenn mit einer Gegenfoderung compensirt werden solle, stets genau

521) a. a. O. S. 200.

522) Selbst das Anbieten sofortiger Bezahlung kann ihn von dieser Pflicht nicht unbedingt befreien, weil der Beklagte ein Interesse haben kann, zu behaupten, daß seine Schuld durch diese Gegenfoderung schon früher getilgt gewesen sei.

anzugeben sei. Denn dieß liegt zwar dem Beklagten ob, wenn er die von ihm vorgeschützte exceptio compensationis begründen will, allein ebenso liegt es dem Kläger ob, seine Klage auf eine bestimmte Summe zu richten, und die Momente vollständig anzugeben, aus denen erhellt, daß der Beklagte ihm gerade diese Summe schulde. Führt er also eine Gegenfoderung des Beklagten an, ohne den Betrag derselben zu nennen, so macht er dadurch sein eigenes petitum unbestimmt, und ist gerade deshalb abzuweisen, während er, wenn er einen bestimmten, aber geringeren Betrag der Gegenfoderung namhaft gemacht hätte, nur plus petirt haben würde.

Erwähnt der Kläger im Fortgange des Processes eine Gegenfoderung des Beklagten, so kommt es darauf an, ob dieß zu einer Zeit geschieht, wo der Beklagte noch neue Einreden vorschützen darf, oder nicht. Im ersteren Falle macht der Kläger noch nachträglich sein Klaglibell inept[523]; im letzteren Falle nicht, selbst wenn sein Anführen vom Beklagten acceptirt wird, da er ein Recht zugesteht, welches der Beklagte nicht mehr zum Excipiren in diesem Processe gebrauchen kann.

b) Vorschützung zur gehörigen Zeit[524],

aa) bei post litem contestatam entstandenen Gegenfoderungen.

§. 86.

Die exceptio compensationis muß nehmlich, gleich anderen peremtorischen Einreden, auch zu rechter Zeit vorgeschützt werden, wenn sie im Processe berücksichtigt werden soll. Um

---

523) Auch hier aber wird eine solche Proceßart vorausgesetzt, wo der Beklagte illiquide Einreden mit Erfolg vorschützen kann. Im Executivprocesse schadet daher ein solches Zugeständniß stets, wenn es vom Beklagten acceptirt wird. S. oben §. 83. Note 510. Vgl. jedoch unten §. 87.

524) J. C. Gensler: An welcher Stelle in dem Gange des ordentlichen Processes kann und muß die Einrede der Compensation vorgeschützt werden? Arch. f. d. civ. Prax. Bd. III. no. 14, 2.

zu bestimmen, welche Zeit dieß sei, ist zuvörderst zu beachten, zu welcher Zeit die exceptio compensationis entstanden sei, insonderheit, ob vor oder nach der litis contestatio.

Ist die exceptio compens. erst nach der litis cont. entstanden, so sollte sie, nach den reinen Proceßgrundsätzen des römischen Rechts in dem bereits begonnenen Rechtsstreite gar nicht mehr zugelassen werden. Denn es war Grundsatz, daß der Beklagte zu dem condemnirt werden müsse, was er zu leisten verbunden gewesen wäre, wenn die Entscheidung zur Zeit der litis contestatio erfolgt wäre[525]. Man betrachtete nehmlich die litis contestatio als den eigentlichen Anfangspunkt des Processes, und das Urtheil als die Entscheidung, ob der Kläger ein Recht gehabt habe, zu fodern, was er gefodert hat, wobei natürlich Alles nach der Zeit, wo er seine Foderung definitiv aufstellte, zu beurtheilen war.

In stricti juris judiciis nun kam ohne Zweifel diese Strenge auch wirklich zur Anwendung. Die nach der litis contestatio entstandene exceptio compensationis konnte in diesem Rechtsstreite nicht mehr vorgeschützt werden. Wohl aber konnte man sie, dafern sie nur gehörig liquid war, der actio judicati entgegensetzen[526], und auch für den Beweis konnte man durch besondere Klage, besonders seit diese in der Form einer mutua petitio angestellt werden konnte[527], inmittelst

525) Gajus I. C. L. IV. 114. Vgl. Keller über Litiscont. und Urtheil. Zürich. 1827. S. 173—179.

526) L. 2. C. h. t. Ex causa quidem judicati solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admittitur. *Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.* L. 23. §. 1. de cond. indeb. 12, 6. Si post rem judicatam quis transegerit, et solverit, repetere poterit: idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. Hoc enim imp. Antoninus cum D. patre suo rescripsit. Retineri autem aut *compensari in causam judicati*, quod ob talem transactionem solutum est, *potest*. Cf. L. 16. §. 1. h. t. §. 39. cit.

527) S. oben §. 19.

Sorge tragen. Das praktische Resultat war also ziemlich dasselbe, als ob die exc. comp. mit in dem ursprünglichen Processe verhandelt worden wäre. Theoretisch fand jedoch der Unterschied statt, daß nicht die ursprüngliche Foderung des Klägers es war, was hier durch compensatio aufgehoben wurde, sondern die ex re judicata entstandene neue Foderung, und auch praktisch konnte dieser Unterschied in Beziehung auf Zinsen u. s. w. bedeutend werden.

Dagegen scheint es in bonae fidei judiciis hiermit nicht so genau genommen worden zu sein. Denn da man nach dem Grundsatze bonae fidei judicio doli exceptio inest, überhaupt noch nach der litis contestatio die doli exceptio (materialis) mit allen ihren verschiedenen Species vorschützen konnte, und aequitas den Ausschlag gab, so ließ der judex gewiß auch die Berufung auf eine später entstandene Gegenfoderung zu, und zog diese, wenn sie erwiesen war, von der Foderung des Klägers, jedoch unter Berücksichtigung des Zuwachses, den diese bis dahin durch die mora des Beklagten erhalten hatte, bei der condemnatio ab.

Das kanonische Recht [528]) und die darauf gegründete deutsche Proceßpraxis [529]) haben dieß zum allgemeinen Grundsatz erhoben und sogar auf solche Einreden ausgedehnt, welche zwar vor der Litiscontestation vorhanden gewesen, aber dem Beklagten erst nach derselben bekannt geworden sind [530]). Hiernach muß also die post litem cont. entstandene oder bekannt gewordene exceptio compens. noch post litem contestatam, und, in Ermangelung beschränkender Landesgesetze, bis zum Endurtheil [531]), zugelassen und auf den Beweis derselben er-

528) c. 4. X. de exceptt. 2, 25. Vgl. c. 25. X. de off. et pot. jud. del. 1, 29. c. 31. X. de testibus, 2. 20. c. 4. de electione in VI, 1, 6.

529) Linde Lehrb. d. Civilpr. §. 203.

530) Nur daß hier nicht, wie in dem ersten Falle, dem Kläger die bis zur Vorschützung der exc. comp. erwachsenen Zinsen und Kosten zuerkannt werden können.

531) Bieneri syst. process. §. 69. not. 8.

kannt werden. Post rem judicatam wird sie zwar ebenfalls noch zuzulassen sein, aber nur unter den durch die Form des alsdann eintretenden Verfahrens gegebenen Bedingungen, also, wenn sie sofort liquid gemacht werden kann 532).

bb) Bei ante litem contestatam entstandenen Gegenfoderungen.

§. 87.

Ob aber eine schon vor der Litiscontestation entstandene und dem Beklagten bekannt gewesene exceptio compensationis noch post litem contestatam und insonderheit post rem judicatam vorgeschützt werden könne, ist sehr bestritten. Die neueren Lehrer des gemeinen Proceßrechtes verneinen diese Frage wegen der allgemeinen Bestimmung des c. 4. X. de exceptt. cit. und des jüngsten Reichsabschiedes §. 37. u. 78, daß alle peremtorischen Einreden, bei Strafe der Präclusion, bei der Antwort auf die Klage auf ein Mal vorgebracht werden sollen 533). Die älteren Theoretiker und Praktiker aber behaupteten fast allgemein, daß die exceptio compensationis in der Art privilegirt sei, daß sie in quovis stadio processus, mithin auch noch der Execution post rem judicatam opponirt werden könne 534).

Die Gründe aber, womit man diese Behauptung unterstützte, sind freilich keineswegs überzeugend. Der schwächste von ihnen ist der, daß die compensatio ipso jure eintrete, daher ex officio zu attendiren sei, daher, wenn dieß nicht geschehen, den bisherigen Proceß, und mit ihm das Urtheil nichtig mache. Er ist schon oben 535) widerlegt worden.

---

532) Gönner Handb. d. Civ. Proc. II, 33. §. 17. Linde Lehrb. §. 208. 376. Biener l. c.

533) Gensler a. a. O. Goldschmidt über Litiscont. und Einreden S. 64. Gönner a. a. O. §. 11. Linde a. a. O. §. 376.

534) Zasius §. 31. not. 182. cit. Donellus ibid. cit. Faber in Cod. l. c. def. 15.

535) §. 31. und 25.

Wichtiger war es, wenn man sich auf L. ult. C. h. t. bezog, nach welcher die exc. compensationis allerdings bis zum Endurtheil vorgeschützt werden konnte, wenn sie nur gehörig liquid war 536). Indem man nun hierin schon nach römischem Rechte ein Privilegium dieser Einrede fand, behauptete man weiter, daß dieses Privilegium nach dem Grundsatze: lex posterior generalis non derogat speciali priori durch das kanonische Recht und den J. R. A. nicht aufgehoben sei. Allein der Fehler dieser Argumentation lag darin, daß man die Möglichkeit, die exc. compensationis noch bis zum Endurtheil vorzuschützen, für ein Privilegium dieser Einrede hielt. Vielmehr ist schon oben zum Theil bemerkt worden, daß der Satz exceptiones peremtorias esse contestandas auch nach dem älteren römischen Rechte nur in stricti juris judiciis galt, weil hier die wahren exceptiones (aber freilich nicht die sogenannte exceptio solutionis, und keine andre auf einen modus tollendae obligationis gegründete Einrede) vom Prätor besonders erbeten werden mußten; daß man aber auch in stricti juris judiciis gegen den Verlust einer solchen Einrede schon zu Gajus Zeit bis zum Endurtheile restituirt werden konnte; daß endlich Justinian jene Regel, indem er die Stelle des Gajus, welche dieselbe enthielt, aus seinen Institutionen hinwegließ, und auch aus seinen übrigen Compilationen jede Spur derselben vertilgte, ganz aufhob. Daß also die exc. compensationis bis zum Endurtheil vorgeschützt werden konnte, war wenigstens nach dem späteren justinianischen Rechte den allgemeinen Regeln über den Gebrauch der Exceptionen ganz gemäß, und die L. ult. C. h. t. enthielt, indem sie hierzu Liquidität erfoderte, mehr eine Beschränkung, als eine Erweiterung jener Regeln für die exceptio compensationis.

Endlich berief man sich auch auf die §. 86. not. 526. angeführten Gesetze, nach denen die exc. comp. selbst der actio judicati entgegengesetzt werden könne, und schloß nun a ma—

536) S. unten §. 89. und 91.

jori ad minus, daß dieß auch ante rem judicatam, jedoch post litem contestatam, erlaubt sein müsse. Allein auch diese Gesetze können an sich nicht beweisen, was man daraus ableitet. Es ist nehmlich in denselben keineswegs ausdrücklich von ante litem contestatam entstandenen, vielmehr in einem derselben, der L. 23. §. 1. de cond. indeb., ausdrücklich von einer post rem judicatam entstandenen Gegenfoderung die Rede. Ist also die Regel, daß ante litem cont. entstandene Einreden post rem judicatam nicht mehr vorgeschützt werden können, gegründet (und dieß galt selbst im älteren Rechte auch bei bonae fidei judiciis unstreitig), so müssen auch jene Gesetze im Zweifel in Gemäßheit dieser Regel auf post litem contestatam entstandene Gegenfoderungen beschränkt werden.

Dessenungeachtet aber muß man behaupten, daß eine ante litem contestatam entstandene Gegenfoderung auch dem ex re judicata entspringenden Verfahren compensando entgegengesetzt werden könne, dafern sie nur, nach der Natur dieses Verfahrens, in continenti liquid ist, weil nehmlich ex re judicata eine ganz neue obligatio entspringt, und mit dieser die compensatio von Neuem eintreten muß. Denn wenn der Beklagte mit seiner exc. compensationis präcludirt wird, so verliert er dadurch nur eben diese exc. compensationis, d. h. das Recht, zu behaupten, daß die Foderung, welche der Klage zum Grunde liegt, durch seine Gegenfoderung erloschen sei. Eben deshalb aber, weil er dieß Recht verliert, behält er auch seine Foderung an den Kläger, und das Recht, mit derselben auf jede andere Foderung des Klägers zu compensiren. Die Foderung ex re judicata ist aber eine andere Foderung, wie sich besonders in praxi recht deutlich zeigt, da es dem Urthel, aus welchem die actio judicati angestellt wird, in der Regel Niemand ansehen kann, wann die Foderung, über die es ergangen, entstanden sei, und worauf sie beruhe. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, erhalten nun auch die §. 86. not. 526. allegirten Gesetze eine weit größere Wichtigkeit. Denn auch hier wird die causa judicati überall als eine selbständige Fo=

derung betrachtet, auf welche die Compensation, wie auf jede andere Foderung, stattfinde, und auffallend bleibt es immer, daß in keinem dieser Gesetze eine Hindeutung darauf zu finden ist, daß ihre Disposition auf ante litem contest. entstandene Gegenfoderungen keine Anwendung leide. Nur wird in Gemäßheit dieser Ansicht der Beklagte, welcher sich erst post rem judicatam auf seine Gegenfoderung beruft, sich alles das abrechnen lassen müssen, was er ex re judicata schuldet, namentlich auch die bis dahin aufgelaufenen Verzugszinsen und die Proceßkosten; denn das Recht, zu behaupten, daß die Hauptfoderung schon zur Zeit ihrer Coexistenz mit der seinigen ipso jure aufgehoben sei, hat er allerdings durch verspätetes Vorbringen seiner Einrede verloren.

Wenn dem aber so ist, so würde es unvernünftig sein, dem Beklagten unter gleichen Bedingungen, nehmlich der Liquidität, der Kostenerstattung, der Verzinsung bis zum gegenwärtigen Augenblicke, nicht auch ante rem judicatam jedoch post litem contestatam die Berufung auf seine ante litem contestatam entstandene Gegenfoderung zu gestatten. Dieß hieße in der That, unnöthigen Proceß führen. Allein auch dieß läßt sich nicht nur aus Gründen der processualischen Zweckmäßigkeit, sondern auch aus dem Wesen der compensatio rechtfertigen. Denn in dem Satze, daß der Beklagte mit der nicht bei der Einlassung angeführten exceptio compensationis präcludirt sein solle, liegt so viel, daß er, wenn er sich derselben bedienen wolle, dieß bis zu jenem Zeitpunkte thun müsse, daß also ein verspätetes Vorbringen so angesehen werden solle, als ob der Beklagte die exc. comp. gar nicht vorgebracht, mithin auf dieselbe verzichtet habe[537]). Welche Wirkung aber eine solche Verzichtleistung habe, haben wir oben[538]) gesehen. Sie entzieht dem Beklagten das Recht der comp. tacita, d. h. das Recht, zu behaupten, daß die comp. vermöge der ihm zustehenden Gegenfoderung ipso jure schon eingetreten sei,

537) S. oben §. 83. und unten §. 98.

538) §. 82. am Anfange.

nicht aber das Recht der comp. expressa. **Dieses** Rechtes sich zu bedienen, muß ihm der Präclusion ungeachtet unbenommen bleiben. Es rechtfertigt sich aber auch hieraus die Restitution der Kosten und der bis dahin aufgelaufenen Zinsen, wie bei jeder facto hominis eintretenden compensatio. Das Erfoderniß der Liquidität aber rechtfertigt sich dadurch, daß der Kläger sich eine Verzögerung der Entscheidung nicht mehr gefallen zu lassen braucht, und ein Fall, wo illiquide Einreden post lit. cont. zu admittiren wären, nicht vorliegt. Daß diese Ansicht auch den Anfoderungen der Billigkeit in jeder Hinsicht entspricht, mag nur zu ihrer Empfehlung gesagt sein.

In praxi würde sich hiernach der Unterschied, welcher darin beruht, ob die exc. comp. vor, oder nach der Litiscontestation entstanden sei, in processualischer Hinsicht allerdings ungefähr auf das reduciren, was von den älteren Processualisten als das Resultat desselben bezeichnet zu werden pflegt, daß sie nehmlich, um post litem cont. attendirt zu werden, im ersteren Falle liquid sein müsse, im letzteren nicht [539]).

Ist die Gegenfoderung ante litem contestatam entstanden, aber post litem cont. erst **fällig** geworden, so ist die **exceptio** compensationis erst post litem contestatam entstanden. Mithin kann der Beklagte, der sich auf sie bei der Antwort auf die Klage nicht berufen hat, damit nicht präcludirt werden.

Dasselbe muß von einer bedingten Foderung behauptet werden, deren Bedingung erst post lit. cont. in Erfüllung geht. Will aber der Beklagte die retroactive Kraft der Bedingung geltend machen, so wird er auch seiner Seits die bedingte Foderung als eine bedingt **existirende** betrachten, d. h. sich eventualiter bei der Litiscontestation auf dieselbe berufen müssen.

---

539) Es läßt sich daher mit dieser Ansicht auch die Disposition der kurs. Erl. Proceßordn. ad tit. 39. §. 6. vereinigen. Die Usualinterpretation dieses Gesetzes ist aber allerdings eine andere. S. **Küstner's** Anm. zu **Griebner's** Discurs zur E. P. O. a. a. O. not. 30.

cc) Verjährung der exceptio compensationis.

§. 88.

Die Frage, zu welcher Zeit die exceptio compensationis vorgeschützt werden müsse, kann auch auf die Verjährung derselben bezogen werden. Man muß aber hierbei wohl unterscheiden zwischen Verjährung der exceptio compensationis an sich, und Verjährung der derselben zum Grunde liegenden Foderung.

War die Foderung, womit man compensiren will, bereits verjährt, als die geklagte Foderung entstand, oder fällig wurde, so haben nie compensable Gegenfoderungen gleichzeitig existirt, mithin würde dem, der sich auf eine verjährte Foderung compensando beriefe, allerdings die replicatio temporis s. praescriptionis entgegenstehen [540]).

War aber die Foderung, womit, noch nicht verjährt, als die andere exigibel wurde, so kann von dem Augenblicke, wo dieses geschehen, von einer Verjährung dieser beiden Foderungen nicht mehr die Rede sein, denn sie sind nun ipso jure durch compensatio obligationes inanes geworden, keiner der beiden Gläubiger hat daher mehr ein Klagrecht, keiner derselben kann also dieß Recht durch Nichtgebrauch verlieren.

Allein durch die Compensation erwächst beiden Theilen ein neues Recht, das Recht, die Foderung des Gegners für bezahlt zu achten, mit einem Worte, die exceptio compensationis. Es fragt sich also, ob dieses Recht, ob die exceptio compensationis verjähre, d. h. ob man nach Ablauf von 30 Jahren von dem Augenblicke an, wo zuerst zwei compensable Gegenfoderungen gleichzeitig existirten (welches freilich immer auch zugleich der Augenblick sein wird, von welchem an die Ver-

---

540) Das Gegentheil behauptet Friedr. Cappel (praes. Frick) Diss. An compensationi obstet praescriptio. Helmst. 1794. 4. indem er von dem oben §. 41. widerlegten Satze ausgeht, daß jede obligatio naturalis zur compensatio benutzt werden könne. Vgl. auch A. D. Weber Beitr. zur Lehre v. den Klagen und Einreden. S. 24.

jährung der einen der compensirten Foderungen, nehmlich derjenigen von ihnen, welche zuletzt fällig wurde, laufen würde), noch behaupten könne, daß die eine durch die andere bezahlt sei. Auch diese Frage aber ist, selbst nach der Meinung derer, welche nur reine Einrederechte 541) für unverjährbar halten 542), zu bejahen. Denn die exceptio compensationis in dem obigen, allein richtigen Sinne ist ein reines Einrederecht. Es giebt keine actio compensationis, wie es eine actio non numeratae pecuniae, eine actio redhibitoria u. s. w. giebt; und die mit der compensirten Foderung verbundene Klage (sei es auch, daß die Verjährung derselben durch Klaganstellung unterbrochen wäre) kann man nicht mehr anstellen, weil man ein Klagrecht aus derselben nicht mehr hat, mithin das Klagen aus derselben, ohne Verzicht des andern Theiles auf die exc. comp., eine wahre Rechtswidrigkeit sein würde. Dazu kommt, daß im römischen Rechte die compensatio mittels exceptio doli geltend gemacht wurde, diese aber nach ausdrücklichen Gesetzen unverjährbar ist 543).

c) Liquidität 544),

aa. formelle.

α. Einleitung.

§. 89.

Daß die Gegenfoderung, womit man compensiren will, erwiesen sein müsse, wenn der Richter erkennen soll, daß die

541) Der Ausdruck reine Einrederechte wird hier in einem anderen Sinne genommen, als wir ihn oben gebraucht haben. Er heißt, Rechte, die nur excipiendo, nicht auch agendo geltend gemacht werden können.

542) Unterholzner Verjährungslehre. Bd. 2. §. 158.

543) L. 5. §. ult. de doli exc. 44, 4.

544) Joh. Tob. Carrach progr. de brocardico: Illiquidi cum liquido nulla est compensatio Halae 1738. 4. Joh. Nicol. Sibeth (praes. Joh. Wunderlich) Diss. de re litigiosa non compensanda. Jenae 1756. C. L. Reh: Wann darf der

geklagte Foderung dadurch aufgehoben sei, versteht sich von selbst, weil die compensatio die Existenz einer Gegenfoderung voraussetzt, nun aber der Richter nichts für existirend annehmen darf, bevor dessen Existenz ihm erwiesen ist. Nur muß man daraus nicht eine materielle Bedingung der compensatio machen wollen [545]. Liquidität ist überall nur formelle Bedingung der Geltendmachung eines Rechtes durch rechtlichen Zwang.

Eine andere Frage aber ist es, ob die exceptio compensationis sofort, wenn sie angebracht wird, liquid sein müsse, um in dem Processe zugelassen zu werden, oder ob auf den Beweis derselben erkannt werden müsse.

Die Hauptquelle für die Beantwortung dieser Frage ist L. ult. §. 1. C. h. t. [546] Allein über die Auslegung dieser

---

Richter die illiquide exc. comp. zur besonderen Ausführung verweisen? — mit einem Zusatze von Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. II. no. 17. Gensler Ebendas. Bd. III. no. 14., vorzüglich aber Hasse und Bethmann-Hollweg in den in der Einl. angeführten Schriften.

545) Eine Folge dieser verkehrten Ansicht ist es, wenn Huber prael. ad pand. h. t. §. 4. behauptet, daß der Zinsenlauf durch compensatio erst von dem Momente an unterbrochen werde, wo die Gegenfoderung liquid geworden sei. Vgl. dagegen schon Tyndarus a. a. O. art. 6. no. 80. coroll. 2. v. ad *inducendam* compensationem non quaeritur, an debitum sit liquidum, vel non, sed ad ejus *executionem* tantum. S. auch Schrader in s. Ausg. des C. j. civ. ad §. 30. I. v. quae jure aperto nituntur, und preuß. Landr. a. a. O. §. 361.

546) Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare; satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant; nec molli animo eas susci-

Quelle ist von jeher in Theorie und Praxis vielfach gestritten worden. Betrachten wir die Anfangsworte dieser Stelle für sich, so sollten wir glauben, daß hiernach die exc. comp. überall und unter jeder Bedingung sofort liquid sein müsse[547]. Allein so viel hat man allgemein eingesehen, daß auch die darauf folgenden Worte bei der Erklärung dieses Gesetzes zu Rathe gezogen werden müssen, und daß hierdurch die scheinbar allgemeine Regel des ersten Satzes eine Beschränkung erleide. Nur wie weit diese Beschränkung gehe, ist zweifelhaft. Darüber aber sind wieder Alle einig, daß bei der Entscheidung, ob eine illiquide Gegenfoderung zum Beweise zu lassen, oder ad separatum zu verweisen sei, auf die Liquidität der Klagfoderung Rücksicht genommen werden müsse. Hiernach bildete man die einfache Regel, daß, wenn die Klage liquid sei, auch die Gegenfoderung liquid sein müsse, wenn jene nicht, auch diese nicht, eine Regel, welche durch das Brocardicon: Illiquidi cum liquido nulla est compensatio, welchem das deutsche Rechtssprichwort: Geld vor, Recht nach entspricht, bezeichnet wird. Allein auch diese Regel fand man bald unzureichend. Schon die Glossatoren machten daher die Beschränkung, daß nur, wenn die Klage durch selbständige Beweismittel bereits erwiesen sei (sei es nun, daß dieß im Laufe des Processes geschehen, und nun erst die exc. comp. vorgeschützt werde, oder daß die Klage gleich anfangs durch Urkunden u. s. w. liquid sei), völlige Liquidität auch der Gegenfoderung erfo-

---

piant; sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem poscere indaginem, eas quidem alii judicio reservent; litem autem pristinam jam paene expeditam terminali sententia componant.

547) Diese Ansicht spricht sich auch in den kurs. Constitutionen v. 1572. const. 8. P. I. aus. Auch führt Sibeth a. a. O. §. 15. not. 6. ein Hamburger Statut an, welches damit übereinstimmt. Indeß scheinen diese Bestimmungen mehr auf dem altdeutschen als auf dem justinianischen Rechte zu beruhen. Vgl. darüber Schilter ad Dig. Exercit. 28. §. 16. und Sachsenspiegel. B. 3. art. 12.

derlich sei. Im entgegengesetzten Falle müsse die exc. comp. nur liquidabel sein; dieß sei sie aber, wenn sie in den gewöhnlichen Beweisfristen liquid gemacht werden könne 548). Diese Meinung, welche schon Tyndarus als die gemeine bezeichnet, bildet die Grundlage der von den meisten älteren Schriftstellern vertheidigten Ansichten 549). Unter den neueren deutschen Rechtslehrern aber hat sich die Ansicht geltend gemacht, daß nach dem deutschen Processe auch hier wie bei anderen Einreden Alles auf die vom Kläger gewählte Proceßart ankomme 550). Nachdem diese Ansicht lange die herrschende gewesen, ist aber neuerlich wieder von Hasse und Bethmann Hollweg eine abweichende Meinung vertheidigt worden.

Nach dieser Meinung ist es Regel, daß nur liquide Gegenfoderungen beachtet werden dürfen. Ausnahmen von dieser Regel finden nur statt, wenn gesetzlich anerkannte Rücksichten der Billigkeit in concreto sie rechtfertigen. Dergleichen Rücksichten sind:

1) wenn die Foderung des Klägers selbst illiquid (und auch nicht vom Gegner eingeräumt) ist. Auch hier aber soll auf den Grad der Liquidität und die wahrscheinliche Dauer der gegenseitigen Beweisführung gesehen werden, damit nicht eine leicht

---

548) Accursius ad L. ult. C. h. t. cit. Vgl. auch Tyndarus a. a. O. art. 8 no. 36. Vinnius sel. quaest. p. 318. Bellojus a. a. O. p. 734. Eine Nebenmeinung ist die von Bartolus ad L. 46. §. 4. de jure fisci, daß dem Beklagten stets eine so lange Frist zur Beweisführung gelassen werden müsse, als ihm zur Zahlung einzuräumen sei.

549) Sibeth a. a. O., Faber und Mevius setzen überall diese Meinung voraus. Mästertius qu. 14. betrachtet Liquidität als Regel, räumt aber dem arbitrio judicis einen Spielraum ein. Alex. Trentacinque resolutt. I. no. 8—25. führt acht Limitationen der Regel: Illiquidi cum liquido an.

550) Carrach, Reh und Gensler a. a. O. Vgl. auch Huber prael. ad pand. h. t. Lauterbach Coll. h. t. §. 7. Emminghaus ad Coccej. jus contr. h. t. qu. 15. Struv synt. h. t. th. 20. und viele von den beiden letzteren angef. Schriftsteller.

zu liquidirende Klage durch weitaussehende Beweisführungen des Beklagten aufgehalten werde;

2) bei Gegenfoderungen ex pari causa, aber auch nur dann, wenn der Kläger, dessen Foderung liquid ist, nicht Caution leisten will 551).

3) bei sonstigen connexen Foderungen, z. B. wenn der auf Restitution der dos belangte Ehemann Compensation propter res amotas vorschützt 552);

4) wenn die Parteien mit einander in solchen Verhältnissen stehen, daß gegenseitige Abrechnung gleich bei der Eingehung jenes Verhältnisses in ihrer Absicht lag — z. B. wenn Kaufleute in laufender Rechnung stehen 553).

Bei solcher Verschiedenheit der Ansichten dürfen wir uns einer nochmaligen genauen Untersuchung der vorliegenden Frage nicht entziehen. Sie wird bei dem älteren römischen Rechte ihren Anfang nehmen müssen.

β. Nach vorjustinianischem Rechte.

§. 90.

Daß wenigstens da, wo die Gegenfoderung ex pari causa entsprang, die illiquide exceptio compensationis nach älterem römischen Rechte niemals ad separatum gewiesen werden konnte, weil hier wenigstens retentio unbezweifelt zulässig war, diese aber endlich zu demselben Resultate führen mußte, hat bereits Hollweg 554) gezeigt.

Allein auch bei Gegenfoderungen ex dispari causa war Liquidität keineswegs ein unbedingtes Erfoderniß. Für die classische Zeit ergiebt sich dieß schon aus der Natur des damaligen Processes 555). Nur wo der Beklagte judicatus, oder in

---

551) Abgeleitet aus L. 38. pro socio L. 3. de tut. et rat. distr. über deren Interpretation s. oben §. 36. Hollweg verwirft jedoch hier die Beschränkung.

552) Abgeleitet aus L. 1. C. rer. amot. L. 6. C. h. t.

553) Nach Analogie der Argentarien. S. oben §. 13.

554) a. a. O. S. 260.

555) S. oben §. 14. am Ende und §. 18. not. 110.

jure confessus war, ohne sich auf eine Gegenfoderung berufen zu haben [556]), kam es wohl nicht zu einem ordentlichen judicium, mithin auch nicht zu einem förmlichen Beweise der Einreden. Hier ertheilte der Prätor sogleich ein Decret [557]), und wenn er dabei auf Gegenfoderungen Rücksicht nehmen sollte, so mußten diese freilich sofort liquid sein. War aber die Sache einmal dem judex übergeben, so hatte der Kläger nicht eher als nach einer Frist von 18 Monaten ein Recht auf Entscheidung. Was also innerhalb dieser Frist vorgebracht und erwiesen wurde, mußte ohne Zweifel vom judex berücksichtigt werden.

Allein auch für die spätere Zeit haben wir positive Beweise. Zuvörderst ergiebt sich aus dem oben angeführten Zeugnisse des Macer [558]), daß illiquide Gegenfoderungen wenigstens mittels einer mutua petitio geltend gemacht werden konnten, ja in der L. 6. C. h. t., auf welche sich jenes Zeugniß des Macer bezieht, wird sogar eine völlig liquide Klagfoderung (quam deberi constiterit) und auf der andern Seite eine illiquide Gegenfoderung (welche noch „doceri" debet) vorausgesetzt [559]). Dieß bestätigt auch durch ein einfaches argumentum a contrario die L. 46. §. 4. de jure fisci von

---

556) Wer ein sogen. qualificirtes Geständniß im Sinne der französischen Jurisprudenz ablegte, galt bei den Römern schwerlich als confessus. Dieß ergiebt sich schon aus der generellen Formel: si paret — *debere*.

557) Zimmern Rechtsgesch. Th. III. §. 126.

558) L. 1. quae sent. sine appellat. vgl. mit L. 1. C. rer. amot. und L. 6. C. h. t. S. oben §. 19. not. 117.

559) Der Freund, durch welchen Hasse a. a. O. S. 169. in der Note darauf aufmerksam gemacht worden ist, daß der Prätor wahrscheinlich nur leicht liquidable Gegenansprüche ad eundem judicem gewiesen habe, dürfte daher wohl Unrecht haben. Schon Mästertius a. a. O. qu. 14. §. 10. setzt hier eine liquide Gegenfoderung voraus, auf welche der Kläger allerdings antworten müsse. Er bedenkt aber nicht, daß es bei einer liquiden Gegenfoderung einer Antwort des Klägers gar nicht bedarf.

Hermogenian [560]. Denn wenn es hier als ein jus singulare des Fiscus angeführt wird, daß gegen ihn nur liquide Gegenfoderungen vom Richter berücksichtigt werden dürfen, so darf wohl ohne Bedenken geschlossen werden, daß es bei Privaten anders gewesen sei. Hierbei auch auf Seiten des Fiscus einen illiquiden Anspruch vorauszusetzen, wäre wohl sehr gewagt, da diese Voraussetzung, wenn sie gegründet wäre, hier, wo es sich von Rechten des Fiscus handelt, wohl angedeutet worden wäre. Vielmehr dürfen wir gerade umgekehrt schließen, daß gegen Privatpersonen sogar auf liquide Klagen mit illiquiden Gegenfoderungen compensirt werden konnte, weil die Foderungen des Fiscus in der Regel liquid sein werden. Den sprechendsten Beweis aber, daß vor Justinian die Vorschützung illiquider Gegenansprüche ganz unbeschränkt war, liefert Justinian selbst in der L. ult. h. t. cit., denn wie hätte der Kaiser hier klagen können: post multa variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi, wenn es nicht vor der Erlassung seiner Constitution möglich gewesen wäre, illiquide Gegenfoderungen bis zum Endurthel, und selbst nach bereits geführtem Beweise der Klage noch vorzuschützen, ja, wenn dieß nicht etwas ganz Gewöhnliches gewesen wäre?

γ. Nach justinianischem Rechte.

§. 91.

Daß nun hieran Justinian durch die L. ult. C. cit. etwas geändert habe, ist keine Frage. Daß er die Vorschützung illiquider Gegenfoderungen nicht absolut habe verbieten wollen, wird ebenfalls allgemein anerkannt [561]. Es fragt sich also nur, unter welchen Bedingungen er sie habe ausschließen wollen. Diese Bedingungen lassen sich aus dem §. 1. des alle=

---

560) Die Erklärung dieses Fragmentes s. oben §. 73. no. 4.

561) Vgl. Hasse a. a. O. S. 187—199.

girten Gesetzes allein, bei der Unbestimmtheit seiner Worte nicht erkennen, vielmehr müssen wir zu diesem Zwecke das principium zu Hülfe nehmen.

In dem principium des fraglichen Gesetzes entschied nehmlich Justinian, daß compensatio überall ipso jure stattfinden solle, und der Sinn dieser Verordnung war, wie wir gesehen haben [562]), unter Anderem der, daß auch in Nicht-bonae fidei judiciis die Berufung auf compensatio, ohne in integrum restitutio, noch post litem contestatam bis zum Endurtheile zugelassen werden solle. Wir dürfen annehmen, daß dieß gerade die Hauptbestimmung dieses principium war, und daß gerade hieran Justinian vorzugsweise dachte, weil gerade diese Bestimmung bei einer großen Masse von judiciis, nehmlich bei allen arbitriis, und namentlich auch bei in rem actionibus, deren Justinian noch speciell erwähnt, von Wichtigkeit war, während die übrigen in dem ipso jure liegenden Bestimmungen nur eine geringe Anzahl der judicia, nehmlich die judicia stricta in engerem Sinne betrafen, in denen man wohl schon lange die compensatio nicht mehr in Form einer exceptio geltend gemacht hatte [563]).

Diese Bestimmung nun enthält die Veranlassung, und zugleich die Erklärung zum Folgenden.

Da nehmlich früher, wenn man in einem Nicht-bonae fidei judicio noch nach der Antwort auf die Klage Gegenfoderungen erheben wollte, dieß nur mittels in integrum restitutio geschehen konnte [564]) diese aber Billigkeit im concreten Falle voraussetzt [565]), so konnte es wohl zweifelhaft erscheinen, ob dem, der erst post rem jam approbatam eine illiquide Gegenfoderung vorschütze, und dadurch seines langen Schweigens wegen den Verdacht einer Gefährde errege, seine Einrede zu restituiren sei. Auf der anderen Seite wurde durch Verweigerung

562) S. oben §. 20.

563) S. über dieß Alles das 2. Capitel des ersten Buches.

564) Gajus IV, §. 125.

565) Burchardi Wiedereinsetzung §. 3.

der in integrum restitutio in diesem Falle eine Ungleichheit zwischen bonae fidei und Nicht-bonae fidei judiciis wiederhergestellt, die eben durch jene in integrum restitutio hatte beseitigt werden sollen, und hier um so unleidlicher war, als das Zulassen einer so spät vorgeschützten illiquiden Gegenfoderung gerade recht sehr contra bonam fidem zu sein schien.

Diese Inconvenienz nun und jenen Zweifel zu beseitigen, verordnete Justinian, daß zwar die exceptio compensationis, so wie zeither in bonae fidei judiciis, so nunmehr auch in stricti juris judiciis auch post litem contestatam ohne in integrum restitutio zugelassen, dann aber auch überall die Liquidität derselben berücksichtigt werden solle, damit nicht durch moratoriae ambages die gerechte Hoffnung des Klägers auf eine baldige Entscheidung vernichtet werde.

Das dieß wirklich Justinian's Meinung gewesen sei, mithin Alles, was er über Liquidität verordnet, sich nur auf post litem contestatam vorgeschützte Gegenfoderungen beziehe, daran würde niemand zweifeln, wenn er gesagt hätte: Compensationem ex omnibus actionibus etiam post litem contestatam objici jubemus, ita tamen, si causa, ex qua compensatur, liquida sit. Nun liegt aber in dem principium unseres Gesetzes in der That das, was der erste Theil dieses Satzes enthält. Daß Justinian sich nicht so ausgedrückt hat, kommt nur daher, daß er mit wenig Worten recht viel verordnen, und auch gleich eine Bestimmung über in rem actiones damit verbinden wollte. Durch diese Prägnanz des principium sah er sich dann aber genöthigt, bei dem §. 1. von Neuem auszuholen, obgleich derselbe mit dem principium auf das Genauste zusammenhängt.

Ueberdieß ist es eine anerkannte Interpretationsregel, daß, wo es irgend zweifelhaft ist, ob durch ein neues Gesetz nur ein Streitpunkt entschieden, oder ein unbestrittener Rechtssatz habe aufgehoben werden sollen, das Erstere anzunehmen sei. Nun konnte es aber zu Justinian's Zeit nicht zweifelhaft sein,

daß Einreden, die bei der Litiscontestation vorgeschützt waren, zum Beweise gelassen werden mußten 566).

Es giebt aber für die obige Interpretation der L. ult. C. cit. auch noch andere, positive Beweise.

Indem nehmlich Justinian den Richter autorisirt, in gewissen Fällen die exceptio compensationis ad separatum zu verweisen, bedient er sich hierzu des Ausdrucks, der Richter solle hier jure stricto uti. Das heißt doch wohl, er solle so verfahren, wie bisher in stricti juris judiciis. Wozu berechtigte aber hier den judex das jus strictum? zur Verwerfung einer ante litem contestatam vorgeschützten Einrede ohne Prüfung? keineswegs! wohl aber zur Verwerfung **aller post** litem contestatam vorgeschützten Einreden 567).

Ferner: Im §. 30. J. de actt. berichtet Justinian, nachdem er vorausgeschickt hat, daß vor ihm die exceptio compensationis in stricti juris judiciis nur mittels doli exceptio, also nur ante litem contestatam habe geltend gemacht werden können, **Er** habe die Wirksamkeit derjenigen Gegenansprüche, quae jure aperto nituntur, erweitert, indem er sie den ipso jure wirkenden Thatsachen processualisch gleich gestellt, mithin auch post litem contestatam zulässig gemacht habe. Hieraus schließen wir wieder per argumentum a contrario, daß es mit denjenigen compensationes, quae non jure aperto nituntur, beim Alten geblieben sei, d. h. daß sie in der Regel ante litem contestatam vorgeschützt werden müssen.

---

566) Ob es nicht auch im justinianischen Rechte Fälle gab, wo alle Einreden sofort liquid sein mußten, läßt sich mit Bestimmtheit nicht angeben, jedoch ist es z. B. bei der actio judicati zu vermuthen. Daß dann auch die except. compens. liquid sein mußte, ist wahrscheinlich. Diesen Fall hat aber offenbar Justinian hier nicht vor Augen. Doch paßt seine Entscheidung auf denselben. Denn auch hier ist res jam approbata, und zwar durch selbständige Beweismittel des Klägers. Vgl. unten not. 568.

567) S. auch Zimmern's Rechtsgesch. Th. III. §. 147. S. 144.

Endlich ergiebt sich die aufgestellte Ansicht auch aus dem übrigen Inhalte der L. ult. §. 1. cit. Denn hier erläutert Justinian die scheinbar allgemeine Regel, welche in den Anfangsworten enthalten ist, durch einen besondern Fall, in welchem offenbar von einer post litem contestatam vorgeschützten exc. comp. die Rede ist, sodann aber weist er den Richter mit den Worten: hoc itaque judices observent ausdrücklich an, bei der Interpretation des Gesetzes auf diese Erläuterung Rücksicht zu nehmen, d. h. die vorhergehenden allgemeinen Worte in Gemäßheit jenes besonderen Falles auf post litem contestatam vorgeschützte Gegenfoderungen zu beschränken.

Ja, selbst wenn die exc. comp. post litem contestatam vorgeschützt wird, ist nach Justinians Verordnung weder Liquidität absolut, noch absolute Liquidität erfoderlich, was um so weniger zu verwundern ist, da andere Einreden ohne alle Rücksicht auf Liquidität post. litem cont. (wenigstens mittels in int. rest.) zulässig waren, und nur die res judicata oder der Ablauf des triennium ihrer Vorschützung eine Grenze setzte. Nur dann nehmlich, wenn der Kläger bereits das Seinige gethan hat, um seine Foderung zu erweisen (cum res jam fuerit approbata — jam certo et indubitato debito — altera parte jam paene convicta [568])), mithin eine gegründete Hoffnung auf einen baldigen Ausgang des Processes erlangt hat (moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi — litem paene expeditam), sollen Gegenfoderungen, deren Beweis einen Aufenthalt herbeiführen würde (causa non multis ambagibus innodata — sed possit judici facilem exitum sui praestare — si invenerint, eas majorem et altiorem poscere indaginem), ad separatum ver=

568) Offenbar ist aber hier nur der Fall zu verstehen, wo die Klage durch selbständige Beweismittel des Klägers liquid gemacht ist, nicht durch das Geständniß des Beklagten. Denn dann wäre er confessus, nicht convictus. Uebrigens gilt auch hier die Bemerkung, daß ein mit dem Vorschützen einer Einrede verbundenes Geständniß den Beklagten nicht zum confessus machte.

wiesen werden. Auch hier also war noch dem arbitrium judicis ein großer Spielraum gelassen.

Gegen diese Erklärung kann man sich indessen auf die griechischen Interpreten berufen. Denn nicht nur Theophilus [569]) an zwei Orten, sondern auch Thaleläus [570]) in einem Scholion zu den Basiliken scheinen Compensation mit illiquiden Foderungen absolut für unzulässig zu erklären. Allein wollte man diese Zeugnisse als gültig anerkennen, so würden sie zu viel beweisen. Denn daß illiquide Gegenfoderungen nicht absolut unzulässig sind, hat Hasse [571]) überzeugend dargethan. Jene Zeugnisse beweisen daher nichts, als, entweder die Ungenauigkeit ihrer Verfasser, oder, daß man schon damals die freilich nicht sehr klar geschriebene Constitution Justinians eben so mißverstanden hat, wie sie seitdem so oft mißverstanden worden ist.

Daß Donellus [572]) mit der hier aufgestellten Ansicht übereinstimmt, dürfte ihr nicht wenig zur Empfehlung gereichen.

δ. Nach heutigem Rechte.

§. 92.

Fragen wir nun endlich nach der heutigen Anwendbarkeit

569) ad §. 30. I. de actt. Ἡ δὲ ἡμετέρου βασιλέως παρακελεύεται διάταξις, τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους κομπεσσατίωνας ipso jure μειοῦν τὴν ἀγωγήν. ad §. 39. ibid. Διὰ τοῦτο δὲ εἶπον, ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον· ἐπειδὴ ἐὰν συμβῇ μὴ σαφὲς εἶναι τὸ εἰς κομπεσσατίωνα ἀντιτιθέμενον χρέος, οὐδὲν ἧττον ὁ ἄκτωρ ἀπαιτήσει τὸ χρέος ὁλόκληρον.

570) Καλῶς δὲ εἶπεν, ἐὰν δέξηται ὁ δικαστής· ἔξεστι γὰρ καὶ μὴ δέξασθαι, ὡς ὅτε ὡμολογημένῳ χρέει τὸ ἀμφισβητούμενον χρέος ἀντίθεται εἰς κομπενσατίωνα, οὐ γὰρ ὀφείλει τοῦτο δέχεσθαι. Man könnte aus dem Worte ὡμολογημένῳ sogar ableiten, daß der Beklagte, der den Klaggrund einräume, nur liquide Gegenfoderungen vorschützen dürfe. Allein dieses Wort ist offenbar nur eine Uebersetzung des justinianischen certo et indubitato debito, wie es auch Fabrot genommen hat.

571) a. a. O. S. 187—199.

572) a. a. O. p. 919.

der justinianischen Bestimmungen, so ergiebt sich zuvörderst, die Wahrheit des Bisherigen vorausgesetzt, daß nur davon die Rede sein könne, ob, wenn eine ante litem contestatam entstandene Gegenfoderung post litem contestatam vorgeschützt wird, dieselbe, wie oben behauptet wurde 573), absolut liquid sein müsse, oder ob hier auch nach heutigem Rechte das arbitrium judicis in der im vorigen §. angegebenen Maaße entscheide.

Es findet aber zwischen dem justinianischen und dem deutschen Proceßverfahren der wesentliche Unterschied statt, daß das römische Beweisverfahren lediglich durch das arbitrium judicis geleitet wurde 574), mithin der Kläger eigentlich nie sagen konnte, daß er ein Recht auf baldige Entscheidung habe, die dreijährige Frist der Proceßdauer mußte denn bald abgelaufen sein; daß dagegen das deutsche Proceßverfahren seine gesetzlich bestimmten Stadien hat, die es durchlaufen muß, und auf deren Innehaltung die Parteien ein Recht haben. Kann daher auch der Richter die einzelen in diese Stadien fallenden Fristen gemeinrechtlich nach seinem Ermessen bestimmen, ja selbst vervielfältigen, so ist ihm doch eine Vervielfältigung jener Proceßstadien selbst nicht erlaubt.

Diese Proceßstadien würden aber durch die Zulassung einer illiquiden exceptio compensationis nach der Litiscontestation nothwendig vermehrt werden. Es müßte alsdann über deren Zulässigkeit, über die Zulässigkeit der Beweismittel, über die Hauptsache, erkannt, mit einem Worte, es müßte darüber ein ganz neuer Proceß geführt werden. Auf diese dem justinianischen Rechte ganz unbekannten Verhältnisse kann Justinian's Verordnung unmöglich angewandt werden. Es bleibt also bei dem §. 87. aufgestellten Satze, daß die exc. comp., wenn sie post litem cont. noch berücksichtigt werden soll, absolut liquid sein müsse. Auch liegt hierin durchaus keine Unbilligkeit, da wir für den einzigen Fall, wo dieß unbillig scheinen könnte,

573) S. oben §. 87.

674) Zimmern Rechtsg. Th. III §. 130.

nehmlich, wenn der Beklagte die ihm zustehende Gegenfoderung erst später kennen gelernt hat, besondere Grundsätze haben.

Gesetzt aber, Justinian's Verordnung bezöge sich auch auf ante litem contestatam vorgeschützte Gegenfoderungen, so würde sie dessenungeachtet im gemeinen deutschen Processe keine Anwendung finden können.

Zuvörderst ist zu erinnern, daß von einem Abmessen der größeren oder geringeren Liquidität nach der wahrscheinlichen Dauer der beiderseitigen Beweise, zu welchem Hasse den Richter verpflichtet[575], und welches auch Justinian allerdings vor Augen gehabt zu haben scheint, im gemeinen deutschen Processe nicht die Rede sein kann, weil nach der demselben eigenthümlichen Verhandlungsmaxime die Parteien nicht gehalten sind, ihre Beweismittel anzugeben, bevor auf den Beweis erkannt ist. Es kann also nur zwischen Liquidität oder Illiquidität unterschieden, nicht aber noch ein Drittes, die Liquidabilität, hinzugefügt werden.

Ist nun die Klage illiquid, so daß auf den Beweis derselben erkannt werden muß, so leidet es keinen Zweifel, daß der Beklagte auch mit seinen illiquiden Einreden gehört werden müsse. Es kann auch für den Kläger hieraus kein Nachtheil entstehen, da der Beklagte jedenfalls ein Recht auf den Gegenbeweis hat, bei diesem aber die Einreden mit ausgeführt werden.

Ist die Klage liquid, und zwar

a) durch das Zugeständniß des Beklagten, so würde es wenigstens dem Principe der Billigkeit, worauf Hasse Alles zurückführt, und das auch wenigstens im materiellen Theile unserer Lehre mächtig waltet, sehr zuwider sein, dem ehrlichen Beklagten, der dem Kläger die Last des Beweises erspart hat, die Ausführung seiner Gegenfoderung abzuschneiden. Die

---

575) S. oben §. 89 no. 1. Eher ließe sich ein solches Verfahren mit dem preußischen Processe vereinigen, wie denn auch das pr. Landrecht a. a. O. §. 359. etwas Aehnliches verordnet. Vielleicht sind hierdurch Hasse und Hollweg, als preußische Juristen, zu ihrer Ansicht bestimmt worden.

exceptio compensationis würde dadurch gerade für die wichtigsten Fälle unbrauchbar werden, denn wer mit Grund die Klage verneinen kann, bedarf eigentlich keiner exc. comp. 576) Auch hat Justinian in der L. ult. h. t., wenn er von res jam approbata — reus paene jam convictus spricht, offenbar nur den Fall vor Augen, wo die Klage durch selbständige Beweismittel des Klägers liquid ist 577), und endlich liefert L. 3. C. h. t. 578) den positiven Beweis, daß das bloße Zugeständniß, selbst gegen den Fiscus, die Berufung auf compensatio nicht ausschließt. Ist aber die Klage

b) durch selbständige Beweismittel, nehmlich Urkunden, gleich anfangs liquid, so bietet das deutsche Proceßrecht dem Kläger ein Mittel, alle illiquiden Einreden abzuschneiden, nehmlich die Wahl des Executivprocesses 579). Bedient er sich

576) Die Irrationalität der entgegengesetzten, auch im preuß. Landrechte a. a. O. gebilligten Ansicht ergiebt sich recht klar, wo der Grundsatz negans non excipit, entweder allgemein, oder, wie in Sachsen, bei gebrauchtem Eidesantrage gilt. Hier kann der Beklagte grade nur dann, wenn er einräumt, von der Compensation Gebrauch machen. Daß aber die Vorschützung der exc. comp. allemal ein Zugeständniß der Klage enthalte, wie Einige (z. B. Müller ad Struv. synt. h. t. th. 28. q. cum ibi citatis) behaupten, läßt sich nach der Eventualmaxime des deutschen Rechtes nicht vertheidigen. Vgl. Mästertius a. a. O. qu. ult. mit den daselbst pro und contra angef. Schriftst.

577) S. d. vor. §. Note. 558.

578) In ea, quae reip. te debere *fateris*, compensari ea, quae invicem ab eadem tibi debentur, is, cujus de ea re notio est, jubebit.

579) In Sachsen können hier auch Grade der Liquidität in Frage kommen, sofern im sog. Executionsprocesse öffentliche Urkunden erfodert werden, im eigentlichen Executivprocesse Privaturkunden genügen. Indeß hat die Leipz. Juristenfacultät eine exc. comp. welche auf Privaturkunden beruhte, auch im Executionsprocesse zugelassen, weil die Erled. d. Landesgebr. v. J. 1661. §. 5. die Chursf. 12. Decis. v. J. 1661. der Anhang der E. P. O. §. 8. und die Chursf. Const. 8. P. I. unter in continenti liquiden Ein=

dieses Mittels nicht, so wird er sich auch über die Zulassung illiquider Gegenfoderungen nicht beschweren können.

bb) Materielle Liquidität.

§. 93.

Wir brauchen jedoch das Wort Liquidität bisweilen noch in einer andern, von der obigen, formellen, verschiedenen Bedeutung. Während unter Liquidität in jener formellen Bedeutung der Beweis der vom Kläger oder Beklagten zur Begründung seines Anspruches angeführten Thatsachen verstanden wird, besteht Liquidität, Liquidiren, in dieser, materiellen, Bedeutung in der Anführung aller Thatsachen, welche zur Begründung eines in jeder Beziehung bestimmten Anspruches gehören. Die Frage, in wiefern eine Foderung, die man zur Compensation bringen will, in diesem Sinne liquid sein müsse, wird in der Regel nach denselben Grundsätzen zu beantworten sein, nach welchen die Zulässigkeit einer aus derselben anzustellenden Klage beurtheilt werden müßte.

Wer also excipiendo anführte, daß der Kläger ihm schuldig sei, ohne anzugeben, wie viel? oder wer gegen eine Ehefrau compensiren wollte, ohne anzuführen, daß deren Ehemann die Gegenschuld genehmigt habe, oder aus einem anderen Grunde zu deren Anerkennung gehalten sei, würde eben so gut abzuweisen sein, als wenn er auf diese Weise klagen wollte. Der Grundsatz reus excipiendo fit actor leidet hier vollständige Anwendung. Nur da würde, in Gemäßheit dieses Grundsatzes, eine illiquide Gegenfoderung in diesem Sinne zuzulassen sein, wo der Kläger schuld ist, daß der Beklagte seine Foderung nicht bestimmt angeben kann, z. B. in Hinsicht des Rechtsgrundes, durch unrechtmäßige Vorenthaltung der Urkunden über eine vom Beklagten ererbte Foderung; in Hinsicht der Quantität, durch Vorenthaltung eines Testamentes, aus welchem der Kläger dem Beklagten ein Legat zu zahlen hätte, oder

---

reden solche verstehen, welche durch Zugeständniß des Klägers, oder Acten, oder klare Brief und Siegel sofort und ohne weitere Ausführung dargethan werden.

durch Vorenthaltung und Verzögerung einer Rechnung, welche der Kläger dem Beklagten schon jetzt abzulegen verpflichtet wäre [580]).

Es ergiebt sich dieß aus dem Grundsatze, daß eine Bedingung, deren Erfüllung derjenige, der an der Nichterfüllung derselben ein Interesse hat, verhindert, in Beziehung auf den Verhindernden für erfüllt geachtet wird; es ergiebt sich, was die angeführten Beispiele betrifft, aus den processualischen Grundsätzen über Edition der Urkunden und deren Verweigerung; es ergiebt sich endlich auch, so viel die Compensation einer Foderung, welche Rechnungsablegung voraussetzt, anlangt, aus ausdrücklichen Gesetzen [581]).

---

580) Vgl. über diese Frage: Martin Heidelberger Rechtsgutachten und Entscheidungen. No. 5. S. 272 f. Gensler im Arch. f. civ. P. Bd. 2. S. 215. Seuffert im Arch. f. civ. P. Bd. 3. S. 195 ff. (Ueber die Compens. einer Foderung auf Rechnungsablegung mit einer Geldfoderung) und die Gegenschrift von Gensler ebendas. S. 199 ff.

581) L. 8. C. h. t. Si *propter fructus ex possessione tua perceptos* vitricus tuus debitor tibi constitutus sit, cum id, quod a matre ei legatum est, a te petere coeperit, mutuo débitae quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies. Aus dem von Seuffert a. a. O. angeregten Bedenken, daß die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung neben der oblig. dandi auch eine oblig. faciendi enthalte (L. 6. c. 7. de statulib. 40, 7. L. 82. de cond. et dem. 35, 1. L. 8. §. 6. de liberat. leg. 34, 3) folgt nur so viel, daß der Beklagte, wenn ihm der Kläger den Betrag seiner Schuld deutlich vorgerechnet, und denselben in Abzug gebracht hat, seinerseits die Bezahlung des Ueberschusses nicht mehr unter dem Vorwande, daß ihm noch keine förmliche Rechnung übergeben sei, verweigern darf. Denn nur die förmliche Rechnungsablegung ist obl. faciendi (L. 6. cit. v. Rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit, quod ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque et examinandas rationes, factum habet), die materielle ist ein reines accessorium der obl. dandi, wie sich aus

In einer Beziehung indessen dürfte der obige Grundsatz auf den compensirenden Beklagten strenger anzuwenden sein, als auf den klagenden Gläubiger. In manchen Fällen nehmlich gestatten Gesetze und Praxis präparatorische Klagen, bei denen nur über das Recht, eine Foderung überhaupt aufzustellen, gestritten, die Quantificirung der Foderung aber besonderer Ausführung vorbehalten wird, indem man z. B. auf Erstattung erweislicher Schäden erkennt. Hier braucht der Kläger für's Erste nur das factum obligatorium anzuführen, welches den Beklagten zum Ersatze des daraus, in Verbindung mit anderen factis entsprungenen Schadens verpflichtet. Die Anführung dieser anderen facta bleibt der zweiten Klage vorbehalten. Ein solches Verfahren kann aber dem Beklagten, welcher compensiren will, nicht gestattet sein. Denn wenn man es dem Kläger wohl nachsehen kann, wenn er statt eines, zwei Peocesse führen will, so kann es dem Beklagten nicht erlaubt werden, die Entscheidung eines gegen ihn anhängig gemachten Anspruches wider des Klägers Willen von zwei Processen abhängig zu machen. Der Beklagte wird daher in solchem Falle alle Momente seines Gegenanspruches angeben, seine Schäden vollständig liquidiren müssen.

L. 32. de cond. et dem. 35, 1. Quamvis rationes reddere nihil aliud est, quam reliqua solvere deutlich ergiebt. Die letztere Stelle giebt zugleich den Schlüssel zu den oben angeführten. Sie zeigt nehmlich, daß, wenn auch im Allgemeinen die Rechnungsablegung nur als ein solches accessorium betrachtet werde, doch derjenige, dem die Rechnungsablegung zur Bedingung, zumal der Freiheit, gemacht sei, diese Bedingung stricte, durch förmliche Rechnungsablegung erfüllen müsse. L. 32. cit. enthält also die Regel, die andern Fragmente die Ausnahme. Wegen des Weiteren verweise ich auf die sehr gründliche Abhandlung von Gensler.

d) Kann mit einer bereits in lite befangenen Foderung noch compensirt werden [582])?

aa. wenn sie klagend angebracht ist.

§. 94.

Daß eine Foderung bereits in einem anderen Processe klagend anhängig gemacht worden, hindert an sich nicht, sich compensando auf dieselbe zu berufen, oder, wie Hasse [583]) es ausdrückt, der exceptio compensationis steht die replicatio rei in judicium deductae (rei litigiosae) nicht entgegen. Dieß sagt ein ausdrückliches Gesetz mit Hinzufügung des über den Sinn desselben keinen Zweifel übrig lassenden Grundes, daß, wer in der Verfolgung seiner Rechte sich eifrig gezeigt hat, nicht schlimmer daran sein dürfe, als, wenn er dieß nicht gethan hätte [584]).

Eine Beschränkung fügt jedoch Hasse, als sich von selbst verstehend, hinzu, obgleich die L. 8. h. t. dazu keine Veranlassung giebt, nehmlich, daß derjenige, der eine bereits klagend angebrachte Foderung compensando geltend machen wolle, auf seine Klage verzichten müsse; vermuthlich, weil es einen Widerspruch enthalte, klagend zu behaupten, daß eine Foderung in voller Wirksamkeit bestehe, und gleichzeitig excipiendo zu

---

582) Joh. Nicol. Sibeth Diss. de re litigiosa non compensanda §. 89. cit.

583) a. a. O. S. 169.

584) L. 8. h. t. In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est: ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur. Sibeth a. a. O. §. 14. not. c. führt dieses Hauptgesetz nur ganz gelegentlich an und macht sich die Beseitigung desselben sehr leicht, indem er sagt: Sed illa (lex) tantum iis adversatur, qui credunt, exceptionem compensationis post litis contestationem non posse amplius opponi, wobei er sich schwerlich etwas Klares gedacht hat. Sein Gegengrund, daß eine res litigiosa illiquid sei, illiquide Gegenfoderungen aber zur exc. comp. unbrauchbar seien, findet in dem oben §. 90. und 91. Gesagten seine Widerlegung.

behaupten, daß durch sie eine Gegenfoderung, mit dieser aber natürlich auch jene, aufgehoben sei.

Dieser Widerspruch ist jedoch nur dann vorhanden, wenn der Anspruch, gegen welchen man compensiren will, eingeräumt wird, und schon zu der Zeit, wo die erste Klage angebracht wurde, vorhanden gewesen ist. Und hier leidet es auch in der That keinen Zweifel, daß der Compensirende seine frühere Klage quoad summam concurrentem fallen lassen müsse, weil er den derselben zum Grunde liegenden Anspruch nicht doppelt geltend machen kann. Ist die Foderung, womit hier compensirt wird, geringer, als die Foderung des Gegners, so daß die frühere Klage ganz zurückgenommen werden muß, so wird die natürliche Folge davon zugleich Erstattung der Kosten sein. Aber auch in dem Falle, wenn die erste Klage nur zum Theil zurückgenommen wird, scheint es billig, daß der nunmehrige Beklagte, wenn er nur wegen seiner Gegenfoderung freigesprochen wird, dem Kläger zwar nicht die Kosten des ersten, wohl aber die im zweiten Processe bis zur Vorschützung der exceptio compensationis erwachsenen Kosten erstatte. Denn indem er selbst die Bezahlung seiner Foderung verlangte, berechtigte er den Gegengläubiger ein Gleiches zu thun [585].

Ist aber der Anspruch, welchen der Beklagte in dem zweiten Processe als Kläger geltend macht, später entstanden, als der, welchen die erste Klage verfolgte, so braucht der erste Kläger selbst dann, wenn er den nunmehr gegen ihn erhobenen Anspruch einräumen muß, und dadurch sein eigener Anspruch völlig absorbirt wird, der früheren Klage nur gegen das Versprechen, daß ihm bei geführtem Beweise seiner Ausflucht auch die Kosten des ersten Processes erstattet werden sollen, seiner

585) Dieselbe Entscheidung kann auch auf die Analogie der oben §. 82. vorgetragenen Grundsätze über Verzichtleistung auf die exc. comp. gestützt werden. Denn durch Anstellung der Klage bietet der Kläger Verzichtleistung auf die exc. comp. an. Durch Anstellung der Gegenklage acceptirt der Beklagte dieses Anerbieten. Doch ist die Analogie nicht vollständig, so lange die Existenz einer Gegenfoderung vom anderen Theile bestritten wird.

Klage zu entsagen. Denn auf diese Kosten hat er offenbar ein Recht, wenn seine Foderung begründet ist [586]. Will nun der Beklagte und nunmehrige Kläger den Beweis der exceptio compensationis für einen Beweis jener Foderung, auch in Beziehung auf den früheren Rechtsstreit, gegen sich gelten lassen, was er eben durch jenes Versprechen erklärt, so hat der erste Kläger kein Interesse mehr, jenen Proceß noch fortzusetzen. Will er dieß aber nicht, so muß Jenem verstattet sein, den ersten Proceß, eben wegen des Kostenpunktes, zu Ende zu führen, denn über diesen kann in dem zweiten Processe, selbst wenn die exc. comp. völlig erwiesen wird, wegen des Grundsatzes: actor non condemnatur, nisi in expensas (hujus processus) nicht mit erkannt werden.

Hat endlich der vorige Kläger und nunmehrige Beklagte den Grund der gegen ihn erhobenen Klage geleugnet, und ist er überhaupt befugt, neben dem Leugnen auch Exceptionen vorzuschützen, oder hat er die Klage noch durch andere Exceptionen (z. B. durch andere Gegenfoderungen) bestritten, so muß es ihm unverwehrt sein, eventualiter auch die früher klagend anhängig gemachte Foderung compensando vorzuschützen, und daneben für den Fall, daß der Kläger nicht beweist, oder seine übrigen Exceptionen durchschlagen, den ersten Proceß zu Ende zu führen. Es liegt wenigstens hierin kein logischer Widerspruch, und es ist daher auch kein Grund vorhanden, in diesem Falle von der ganz allgemeinen Disposition der L. 8. cit. abzugehen. Jedenfalls müßte es dem ersten Kläger freistehen, seine Klage fortzustellen, und, wenn er eine rechtskräftige condemnatoria erstritten hätte, nunmehr aus der res judicata eine liquide exc. compens. für den andern Proceß abzuleiten [587].

Im letzteren Falle wird aber die Frage wichtig, welchen Einfluß die rechtskräftige Entscheidung des einen Processes auf den anderen haben werde.

---

586) S. oben §. 86.

587) S. oben §. 86. am Ende und die not. 526. allegirten Gesetze.

Wird der erste Proceß zuerst entschieden, so werden sich die Parteien im zweiten Processe des ergangenen Urthels, je nachdem es condemnatorisch oder absolutorisch ist, zum Beweise oder zum Gegenbeweise der Ausflucht bedienen können.

Wird die letzte Sache zuerst entschieden, und der Beklagte wegen mißlungenen Beweises der Klage, oder wegen anderer Einreden losgesprochen, so hat dieß natürlich auf den ersten Proceß keinen Einfluß. Wird in der zweiten Sache erkannt, daß dem Beklagten eine Gegenfoderung nicht zustehe, so wird dieß arg. der §. 96. anzuführenden Gesetze dem Kläger ein Gegenbeweismittel für den ersten Proceß gewähren, wogegen, wenn im zweiten Processe der Beklagte wegen geführten Beweises der Gegenfoderung entbunden wird, er aus diesem Erkenntnisse allein noch keinen vollen Beweis seiner Klage im ersten Processe wird ableiten können. Der Grund dieser scheinbaren Ungleichheit in den Rechten der verschiedenen Parteien liegt darin, daß jede derselben zwar *ihren eigenen* Anspruch freiwillig dem Urtheile des Richters submittirt hat, folglich auch den für sie ungünstigen Ausspruch desselben über *diesen* Anspruch sich gefallen lassen muß, daß dagegen der Kläger das Erkenntniß über die dem Beklagten zustehenden, und von diesem compensando vorgeschützten Foderungen nicht freiwillig in diesen Proceß gezogen, und dem Urtheile des für ihn vielleicht incompetenten Richters unterworfen hat, mithin das Erkenntniß des Richters über *diesen* Anspruch nur in sofern gegen sich gelten lassen muß, als es einen Einfluß auf *seinen eigenen Klaganspruch* hat, ein Grundsatz, welcher kurz durch das Sprichwort: actor non condemnatur ausgedrückt wird [588]. Urtheilt also der Richter im ersten Processe über

588) Nur wenn ein deferirter Eid entschieden hat, dürfte hiervon theils wegen der religiösen Bedeutung des Eides, theils wegen des auch nach heutigem Rechte dem Eidesantrage zum Grunde liegenden vertragsähnlichen Verhältnisses, eine Ausnahme zu machen sein. Beim Schiedseide fällt das letztere Moment weg. Wie es dabei zu halten sei, wage ich nicht zu entscheiden. In

die beigebrachten Beweise anders, als der Richter im zweiten geurtheilt hat, und spricht den Beklagten los, so kann dieser, ungeachtet der für ihn günstigen Entscheidung des zweiten Processes, zur Kostenerstattung im ersten verurtheilt werden; gewinnt der Kläger und nachherige Beklagte auch den ersten Proceß, so erhält er nun zwar ex re judicata eine neue Foderung an den Beklagten, allein wollte er diese ferner, außer so viel die Kosten betrifft, gegen ihn geltend machen, so würde ihm die exceptio doli entgegenstehen, weil er materiell dadurch zweimal dasselbe fodern würde [589].

Werden endlich — ein kaum vorkommender Fall [590] — die beiden Urthel zu gleicher Zeit rechtskräftig, und erkennen beide die doppelt anhängig gemachte Foderung zu, so verhält es sich, wie in dem so eben gedachten Falle; erkennen beide sie ab, so ist die Sache einfach; sind sie widersprechend, so kann keines derselben auf das andere Einfluß haben. Wird also die doppelt angebrachte Foderung in der Klage zu-, in der Ausflucht aberkannt, so erhalten beide Theile ex re judicata neue Foderungen, mit denen sie compensiren können; wird jene Foderung in der Klage ab-, in der Ausflucht zuerkannt, so hat keine der Parteien mehr ein Klagrecht. Das Resultat ist also

concreto wird in der Regel der Richter dadurch nachhelfen können, daß er, wenn ein solcher Eid nothwendig wird, die Entscheidung in der zweiten Sache bis zur Entscheidung in der ersten aussetzt. Jedenfalls ist es hier nicht die res judicata, worauf sich der erste Kläger beruft, sondern der Eid, als ein selbständiges Beweismittel.

589) L. 28. de act. e. v. 19, 1.

590) Es müßten denn, was wohl in solchen Fällen, wo es möglich, das Zweckmäßigste ist, die beiden Sachen zugleich an dieselbe Spruchbehörde abgegeben werden, worauf auch von den Parteien bisweilen angetragen wird. Dadurch werden widersprechende Urtheile am besten vermieden. Sollten jedoch dann die Acten verschiedene Materialien zur Entscheidung enthalten, so würden die im Texte angegebenen Grundsätze wohl auch in diesem Falle anzuwenden sein.

in beiden Fällen dasselbe, als ob der zweite Kläger seine Foderung gleich im ersten Processe compensando geltend gemacht hätte.

bb. Wenn sie compensando anhängig gemacht ist.

§. 95.

Daß eine Foderung, die einer bereits anhängigen Klage compensando entgegengesetzt worden ist, auch einer zweiten Klage auf ebendieselbe Weise entgegengesetzt werden könne, leidet alsdann keinen Zweifel, wenn a) deren Betrag größer ist, als der der zuerst klagbar gemachten Foderung.

Allein auch wenn die Gegenfoderung gleich groß, oder kleiner ist, als die geklagte, kann sie vor Beendigung des ersten Processes 591) einer zweiten Klage entgegengesetzt werden, wenn entweder b) der Beklagte den Kläger wegen der ersten Foderung klaglos stellt, oder c) seine Gegenfoderung im ersten Processe nur eventualiter vorgeschützt hat. Für die beiden letztgedachten Fälle könnte man einen Gegengrund in L. 13. h. t. finden 592). Allein hier ist von einem Vertrage die Rede, in Folge dessen eine Foderung nur einer bestimmten Gegenfoderung entgegengesetzt werden soll; ein solcher aber kann nicht angenommen werden, so lange der Kläger der Compensation überhaupt aus irgend einem Grunde widerspricht. Auch kann sich der Kläger nicht auf das ihm zustehende Wahlrecht 593) berufen, so lange er die Existenz oder die Compensabilität der Gegenfoderung überhaupt noch bestreitet. Daß auch im Falle sub c. die gleichzeitige Vorschützung einer Gegenfoderung in zweien Processen nicht unzulässig sei, ergiebt sich aus der hier wohl unbedenklichen analogischen Anwendung der L. 8. h. t. und der im vor. §. entwickelten Grundsätze.

Wird in den Fällen sub a und c. einer der beiden Processe eher entschieden als der andere, so werden dieselben Regeln

591) Wie es nach Beendigung desselben zu halten, s. im folg. §.

592) S. oben §. 83. not. 508.

593) S. oben §. 52.

gelten, wie über den Einfluß eines über die exc. comp. ergangenen Urtheiles auf eine aus der vorgeschützten Gegenfoderung anzustellende Klage. Denn qui usus est compensatione, is petiisse videtur[594]), und ob die Klage, oder die Einrede erst angebracht werden soll, oder schon angebracht ist, darauf kann nichts ankommen, dafern nur darüber noch nicht entschieden ist.

Werden beide Processe zugleich entschieden, und sind die Urthel conform, so ist in dem Falle sub a. die Sache ganz einfach. Im Falle sub c. wird, wenn in beiden Processen der Beklagte wegen geführten Beweises seiner Gegenfoderung losgesprochen wird, nunmehr der Kläger wieder zu wählen haben, auf welche seiner Foderungen er sich die Gegenfoderung abrechnen wolle, dafern nicht die Zeit der Entstehung dieser Foderungen diese Wahl ausschließt[595]). Sind die beiden Urthel widersprechend, d. h. wird in dem einen dem Beklagten seine Gegenfoderung zu-, im anderen abgesprochen, so wird in den beiden Fällen sub a. und c. keines der widersprechenden Urthel auf den andern Proceß einen Einfluß haben können[596]). Doch wird dieser Collisionsfall in praxi leicht zu vermeiden sein.

4) Von dem Einflusse eines über die exceptio compensationis ergangenen Urtheiles auf die dem Beklagten zustehende Foderung[597]).

§. 96.

Sehr verschiedenartig sind die Wirkungen eines über die exceptio compensationis ergangenen Urthels. Dieses Urthel ist entweder

---

594) L. 15. rem ratam hab. 46, 8.

595) S. oben §. 52.

596) Vgl. jedoch zur Erläuterung dieser Sätze den gesammten Inhalt des folgenden §.

597) C. G. Biener quaest. c. 67. 68. 69. in Dess. opusc. acad. a F. A. Bienero filio ed. Vol. II. pag. 263—270. F. A. v. Langenn in Dessen und Kori's Erörterungen practischer Rechtsfragen Th. I. no. XIX. S. 162—188.

A. ein absolutorisches. Hier erfolgte die absolutoria entweder

a) in Folge der von dem Beklagten erwiesenen Gegenfoderung, oder

b) aus anderen Gründen.

Im Falle sub b., wobei es gleichgültig ist, ob der Beklagte wegen nicht richtig angebrachter Klage, oder wegen ermangelnden Klagegrundes [598], oder wegen anderer Exceptionen [599]) absolvirt wurde, bleibt natürlich Alles beim Alten. Die Gegenfoderung ist dann gar nicht berücksichtigt, es ist gar nicht über dieselbe mit erkannt worden; mithin kann auch das Urtheil auf dieselbe keinen Einfluß haben.

Im Falle sub a. bewirkt die res judicata so viel, daß dieselbe Foderung des Beklagten quoad summam concurrentem nicht anderen Foderungen des Klägers compensando entgegengesetzt, viel weniger noch klagend geltend gemacht werden kann; der andere Proceß möge nun schon begonnen haben, oder nicht. Denn es ist nunmehr rechtskräftig erkannt, daß durch sie gerade diese Foderung des Klägers aufgehoben, mithin aber auch die aufhebende Foderung quoad summam

598) Selbst wenn in diesem Falle der Beklagte beim Gegenbeweise den Beweis seiner Gegenfoderung versucht, aber nicht geführt hätte, würde er sie nicht verlieren. Denn der Richter brauchte diesen Beweis nicht zu prüfen, es kann daher auch nicht angenommen werden, daß er ihn geprüft und die Gegenfoderung verworfen habe. S. d. not. 603. anzuführenden Gesetze und v. Langenn a. a. O. S. 179.

599) Im letzteren Falle wird es freilich oft zweifelhaft sein, ob der Beklagte in Folge der exc. compensationis, oder wegen einer anderen Einrede losgesprochen worden sei. Wenigstens wird der Kläger selten aus der bloßen res judicata sich gegen die nochmalige Geltendmachung der neben anderen Einreden vorgeschützten Gegenfoderung schützen können. Es dürfte daher zweckmäßig sein, wenn, wo die Losspreчung wegen compensatio erfolgt, dieß im Urthel ausgedrückt würde.

concurrentem erloschen sei[600]. Ein volles Beweismittel für den von ihm einzuklagenden Ueberschuß seiner Foderung wird aber der Beklagte aus dieser res judicata an sich nicht ableiten können[601]. Doch wird hierbei vorausgesetzt, daß der erste Proceß zwischen den beiden Gegengläubigern selbst geführt worden sei. Hätte ein Dritter, dem dieß gestattet ist, sich durch die einem Anderen zustehende exceptio compensationis mit Erfolg vertheidigt, so müßte es diesem Anderen unbenommen bleiben, seine Foderung demungeachtet klagend oder compensirend geltend zu machen, und, wenn sich der Gegner excipiendo oder replicando darauf beriefe, daß diese Foderung bereits von dem Dritten (z. B. dem Bürgen) zur Compensation gebracht worden sei, replicando oder duplicando die Existenz der Foderung, worauf dieser Dritte compensirte, aus anderen Gründen zu bestreiten. Dieß folgt aus dem Grundsatze res judicata jus facit inter partes, und inter alios acta aliis nec nocent, nec prosunt[602].

Das Urtheil kann ferner

B. ein condemnatorisches sein.

Für diesen Fall enthält das römische Recht die einfache Regel, daß, wenn der Richter die vorgeschützte Gegenfoderung als nicht existirend verworfen habe, der Beklagte diese Foderung nie wieder geltend machen könne, daß er hingegen, wenn der Richter die Gegenfoderung nur nicht berücksichtigt habe, dieselbe behalte, mithin sowohl klagend, als anderweit compensirend geltend machen könne[603].

---

600) Auch ist nunmehr comp. expressa eingetreten, und dadurch beide Foderungen ipso jure im strengsten Sinne des Wortes erloschen. S. oben §. 28.

601) S. die oben §. 94. angeführten Gründe.

602) Die comp. expressa steht hier nicht im Wege, denn diese setzt eine Erklärung der Hauptinteressenten voraus.

603) L. 7. §. 1. h. t. Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio; nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobaverit pensationem, quasi debito non existente. Tunc enim rei judicatae nocebit exceptio. L. 8. de negot. gestis 3, 5. Si quocunque modo ratio

So einfach indeß dieses Prinzip zu sein scheint, so macht doch dessen Anwendung einige Schwierigkeit. Es fragt sich nehmlich, in welchen Fällen man sagen könne, der Richter hat die Gegenfoderung verworfen, und in welchen man sagen müsse, er hat sie nur nicht berücksichtigt.

1) Verworfen hat sie der Richter ohne Zweifel, a) wenn er aus dem Anführen des Beklagten selbst ersah, daß demselben ein Anspruch an den Kläger gar nicht zustehe, oder der Kläger dieses Anführen durch sofort liquide Repliken elidirte, der Beklagte mithin Einwendens ungeachtet condemnirt wurde. Nur wird in diesem Falle in der Regel nicht aus dem Urthel selbst zu ersehen sein, daß die Verurtheilung erfolgte, quia judex reprobavit pensationem, es wird daher der Kläger sich gegen eine etwanige spätere Klage des Beklagten zwar nicht durch die Production des Urthels, wohl aber durch die Production der Acten schützen können, indem er aus denselben entweder das Zugeständniß eines solchen Sachverhältnisses erweist, aus welchem die Grundlosigkeit der gegen ihn erhobenen Forderung erhellt, oder dieselben liquiden Repliken, die er damals geltend machte, als liquide Exceptionen gebraucht. Freilich wird aber in diesem Falle stets dem jetzt erkennenden Richter ein selbständiges Urtheil über die Thatsachen, welche den früheren zur condemnatoria bewogen, verbleiben.

Verworfen hat sie der Richter ferner, b) wenn dem Beklagten rechtskräftig der Beweis der exceptio compensationis auferlegt, dieser Beweis von demselben angetreten,

---

compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse; quia exceptio rei judicatae opponenda est. L. 1. §. 4. de contr. tut. act. 27, 4. Quid ergo, si judex compensationis rationem non habuit? An contrario judicio experiri possit? Et utique potest. Sed si reprobata est haec reputatio, et acquievit, non debet judex id contrario judicio sarcire.

und dann vom Richter erkannt worden ist, daß der Beklagte dasjenige u. s. w., wie Recht nicht erwiesen habe. In diesem Falle ist über die Gegenfoderung selbst res judicata vorhanden, der Kläger kann sich also gegen jede fernere Geltendmachung der vorgeschützten Gegenfoderung durch exceptio oder replicatio rei judicatae schützen. Auch wenn dem Beklagten im Allgemeinen der Beweis seiner Einreden auferlegt wurde, ergiebt sich dasselbe Resultat, denn es ist dann rechtskräftig entschieden, daß keine dieser Einreden, mithin auch nicht die exceptio compensationis begründet war. Freilich wäre es denkbar, daß der Richter die Einrede der Compensation wegen eines Mangels in den materiellen Erfodernissen der compensatio nicht für begründet hielt, und daher eigentlich unter jener allgemeinen Formel nur den Beweis der übrigen, daneben vorgeschützten Einreden auferlegen wollte. Allein dieß wäre jedenfalls eine Ungenauigkeit des erkennenden Richters, die nicht präsumirt werden kann, und deren Folgen der Beklagte sich gefallen lassen muß, weil er sie durch die Vorschützung einer incompensabeln Gegenfoderung veranlaßt hat. Dasselbe muß gelten, wenn dem Beklagten der Beweis der exceptio compensationis nachgelassen, und von demselben angetreten, aber nicht geführt worden ist. Denn auch hier ist seine Gegenfoderung Hauptgegenstand der richterlichen Prüfung und Entscheidung gewesen; auch hier wird erkannt, daß er sie nicht erwiesen habe. Wenn aber dem Kläger der Beweis auferlegt, dem Beklagten aber der Gegenbeweis und mit diesem stillschweigend oder ausdrücklich auch der Beweis seiner Einreden vorbehalten worden ist, und nun der Kläger bewiesen, der Beklagte aber nicht bewiesen hat, und daher verurtheilt wird, so muß zwar auch die Gegenfoderung examinata et reprobata sein, allein dieß ergiebt sich wenigstens nicht aus dem Inhalte des Urthels. Der Kläger wird sich daher gegen fernere Geltendmachung der Compensationsfoderung, wie im Falle sub a., zwar auf die Acten, aber nicht auf die res judicata berufen können.

Für verworfen muß aber auch die Gegenfoderung

gelten, wenn c) deren Beweis dem Beklagten rechtskräftig auferlegt worden ist, er sich aber an demselben versäumt, oder demselben renuncirt hat[604]), nicht aber, wenn dieß mit dem nur nachgelassenen, viel weniger dem vorbehaltenen Beweise der Gegenfoderung geschehen ist. Denn durch die Auferlegung des Beweises erhielt der Kläger ein jus quaesitum darauf, daß über die Existenz der Gegenfoderung in jenem Processe entschieden werde, nicht aber durch die Nachlassung desselben. Ist also der Beweis nur nachgelassen, und dann nicht angetreten worden, so wird man nur sagen können judex compensationis rationem non habuit[605]). Es wird also dem Beklagten freistehen, seine Foderung einzuklagen, auf andere Foderungen des Klägers, ja selbst auf die geklagte (im Executionsverfahren) abzurechnen, dafern sie nur sofort liquid ist. Ja, für den letzteren Gebrauch wird ihm jenes Nachlassen des Beweises sogar Vortheil gewähren, denn es ist dadurch rechtskräftig entschieden, daß seine Gegenfoderung, wenn sie in der Maaße, in welcher ihm deren Beweis nachgelassen wurde, existire, auch compensabel sei, d. h. daß die materiellen Erfodernisse der compensatio zwischen ihr und der geklagten Foderung stattfinden.

2) Außer diesem Falle des nachgelassenen, aber nicht angetretenen Beweises hat der Richter die exceptio compensationis nicht berücksichtigt, wenn er gar nicht auf den Beweis derselben erkannte, weil

---

604) v. Langenn a. a. O. S. 180 ff. gegen Biener a. a. O. c. 69. Anders verhält es sich, wenn der Beklagte renuncirt, ehe ihm der Beweis rechtskräftig auferlegt ist, also z. B. innerhalb des Decendiums nach Publication des denselben zuerkennenden Urthels. v. Langenn ebendas. S. 183.

605) Es ist dieß auch der Form des Urthels gemäß, weil in solchem Falle immer der Beklagte gleich eventuell, d. h. für den Fall, daß er den Beweis nicht antrete, ohne Rücksicht auf die Einrede, verurtheilt wird.

a) die materiellen Bedingungen der compensatio nicht vorhanden waren;

b) dieselbe gar nicht, oder zu spät vorgeschützt war[606];

c) die Klage in einer Proceßart angestellt war, in welcher die Einreden sofort liquid sein müssen, die exc. comp. aber es nicht war[607];

d) es an der materiellen Liquidität der exc. comp. fehlte[608];

---

606) S. oben §. 85. und 87. Nach sächs. Rechte gehört hierher auch der Fall, wenn der Kläger den Eid angetragen und der Beklagte geleugnet hat, oder wenn der Beklagte ungehorsam außengeblieben ist. v. Langenn a. a. O. S. 178. Biener a. a. O. qu. 67. am Ende.

607) S. oben §. 92. Dieß dürfte auch auf den sächsischen Proceß in geringfügigen Rechtssachen anzuwenden sein, wenn der Beklagte eine den Betrag der causa minuta übersteigende Gegenfoderung vorgeschützt, und den Beweis durch andere Mittel, als Eidesantrag, zu führen versucht hat. Denn es ist möglich, daß er, wenn ihm Zeit zum Beweise gelassen wird, bessere Beweismittel aufbringen kann. Wenn der Eid angetragen ist, und der Kläger sich über denselben nicht erklärt hat, dürfte die Verweisung der größeren Gegenfoderung zu besonderer Ausführung stets nothwendig sein, weil sonst dem Kläger die Gewissensvertretung, die er vielleicht im ordentlichen Processe gewählt hätte, abgeschnitten werden würde. Hat er sich aber über den Eidesantrag erklärt, so scheint dem Erkenntnisse auf denselben nichts im Wege zu stehen, denn der Beklagte kann sich ja auch im ordentlichen Processe des Eidesantrags bedienen. Das Auskunftsmittel, welches Haubold in s. Anleitung zur Behandlung geringfügiger Rechtssachen §. 53. vorschlägt, nehmlich Beschränkung des Eides auf die concurrente Summe, scheint nicht überall auszureichen, z. B. wenn der Kläger die Existenz der vom Beklagten behaupteten causa debendi ganz abgeleugnet und den Eid angenommen hat. Ist übrigens hier auf den Eid erkannt, und derselbe geleistet, so entscheidet der Eid auch über die nicht concurrirende Summe für diesen und jeden andern Proceß. S. oben §. 97. not.

608) S. oben §. 93.

e) nach älterem röm. Rechte, weil sich kein dolus des Klägers ergab [609].

In allen diesen Fällen leidet es keinen Zweifel, daß der Beklagte seine Foderung, als solche, sowohl klagend, als excipirend geltend machen könne. Es fragt sich nur, ob er auch, wenn er nun in Folge der res judicata bezahlen muß, das Gezahlte mit der condictio indebiti und anderen Condictionen zurückfodern könne. Im Falle sub a. ist diese Frage ohne Zweifel verneinend zu entscheiden [610], in den übrigen Fällen aber bedarf sie einer besonderen Betrachtung, welcher aber die Vorfrage vorausgehen muß, in welchen Fällen dergleichen Condictionen überhaupt stattfinden.

II. Condictionen.

1) bei außergerichtlicher Bezahlung einer durch compensatio erloschenen Schuld.

§. 97.

Wer eine Schuld, gegen die er sich durch exceptio compensationis schützen könnte, bezahlt, bezahlt eine Nichtschuld [611]. Thut er dieß aus entschuldbarem Irrthume, (z. B. weil er seine ererbte Gegenfoderung nicht kannte) und nimmt der Gläubiger ebenfalls aus Irrthum (z. B. weil er nicht wußte, daß der Kläger Erbe sei) die Zahlung an, so kann der Schuldner das Gezahlte mit der condictio indebiti [612], also ohne Zinsen des Verzugs [613], jedoch auch

---

609) S. oben §. 18.

610) L. 30. de cond. indeb. 12, 6.

611) S. oben §. 27.

612) L. 10. §. 1. h. t. Si quis compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. L. 30. de cond. indeb. 12, 6. Qui invicem creditor, idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum *non* habet, si solvit, non habet condictionem, velut indebiti soluti, sed sui crediti petitionem. L. 5 §. 2. de impens. in res dot. 25, 1. Si dos tota soluta sit, non habita ratione impensarum, videndum est,

dann zurückfodern, wenn seine Foderung nur auf einem compensablen debitum naturale beruhte[614]), oder sonst klaglos war[615]). Die Klage aber, welche ihm ohne compensatio zugestanden haben würde, kann er ohne Einwilligung des anderen Theiles nicht anstellen, weil er die durch die compensatio auch diesem erwachsenen Rechte, deren er sich durch irrthümliche Annahme des indebitum eben so wenig begab, als der Schuldner durch irrthümliche Zahlung der seinigen, nicht willkürlich entziehen kann.

Wenn A eine durch compensatio aufgehobene Schuld wissentlich bezahlt, und B diese Zahlung wissentlich annimmt, so haben beide Theile dadurch stillschweigend auf die compensatio verzichtet. Von einer condictio indebiti kann daher nicht die Rede sein, wohl aber kann A nunmehr seine Foderung, als ob keine compensatio eingetreten wäre, ebenfalls vom B einfodern.

Wenn A wissentlich zahlt, B aus Irrthum die Zahlung annimmt, so hat A seinerseits Verzicht auf die compensatio angeboten. Entdeckt also B seinen Irrthum, so hängt es von ihm ab, diese Verzichtleistung anzunehmen, oder nicht. Im ersteren Falle hat A seine ursprüngliche Klage (wenn er überhaupt eine solche hatte), im letzteren, wenn das Gezahlte noch

---

an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. Et Marcellus admittit, condictioni esse locum; sed etsi plerique negant, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est. Die heutige Anwendbarkeit dieser Gesetze wird von Mühlenbruch doctr. pand. §. 472. bloß aus dem Grunde, weil ihre Anwendung in unzählige Schwierigkeiten verwickeln würde, bestritten. Vgl. dagegen Hasse a. a. O. S. 163.

613) L. 7. L. 19. §. 2. de cond. indeb. 12, 6. Wohl aber können indebite gezahlte Zinsen, auch wenn die eigne Foderung des Condicirenden unverzinslich war, zurückgefodert werden.

614) L. 6. h. t. Vgl. oben §. 41.

615) S. oben §. 41. am Ende und L. 5. §. 2. de imp. in res dot. cit.

vorhanden ist, rei vindicatio 616), wenn es consumirt ist, die condictio sine causa 617), womit er auch Verzugszinsen fodern kann 618).

---

616) Denn auch das Eigenthum kann sine causa nicht erworben werden, obwohl ex erronea causa. L 31. pr. de acqu. rer. domin. 43, 1. vgl. mit L. 36. eod. Die obligandi causa aber, aus welcher hier gegeben wurde, fällt durch die Nichtannahme des Anerbietens wieder hinweg.

617) Gewöhnlich wird ganz allgemein angegeben, was man bezahlt habe, während man doch hätte compensiren können, könne man mit der condictio indebiti zurückfodern. Dieß ist in sofern wahr, als condictio indebiti in weiterer, grammatischer, aber nicht technischer Bedeutung jede Klage bezeichnet, mit welcher ein indebite solutum zurückgefodert wird. In technischer Bedeutung aber findet cond. indebiti nur statt, wo aus Irrthum gezahlt wurde (L. 1. L. 26. §. 3. L. 65. §. 2. de cond. indeb. L. ult. C. eod. 4, 5.). Wer wissentlich ein indebitum zahlt, von dem wird angenommen, daß er schenken wollen (L. 53. de R. I. L. 26. §. 3. de cond. indeb.). Das Object der Schenkung ist aber in dem im Texte angeführten Falle nicht die Foderung des A, sondern des jus compensandi, oder mit andern Worten, die für ihn etwa aus der compensatio entspringenden Vortheile. (Voët l. c. no. 3. p. 725. a. Si quis non compensaverit, cum posset, sed solverit petita, non est intelligendus eo ipso remisisse adversario, quod is vicissim debet, quum nemo praesumatur jactare suum. — Nur wenn die compensatio ein modus tollendi oblig. wäre, könnte dieß angenommen werden. S. oben §. 7. und 27.) Nimmt nun B. die Schenkung nicht an, so fällt die causa (*donandi* causa, die aber, sofern sie voraussetzt, daß auch der Andere von der compensatio keinen Gebrauch mache, zugleich, wie bei jeder bedingten Schenkung, eine *obligandi* causa ist), aus welcher er das Empfangene erhalten hat, weg, er besitzt also sine causa. Mithin findet gegen ihn, wie gegen den, dem ich Geld sende, damit er mir seine Sache verkaufe, der dieß aber nicht will, rei vindicatio oder condictio sine causa statt. L. 1. §. 1. L. 4. de cond. sine causa. 12, 7. Condictio causa data non secuta kann hier nicht stattfinden, da diese einen bereits abgeschlossenen Vertrag voraussetzt. Auch würde sie zu demselben Resultate führen, wie die cond. sine causa, da beide condictiones incerti sind.

Wenn endlich A aus Irrthum bezahlt, B die Zahlung wissend, daß compensatio eingetreten sei, annimmt, so hat A nach der Entdeckung seines Irrthums die Wahl zwischen der ihm ursprünglich zustehenden Klage (denn durch wissentliche Annahme der Zahlung hat B auf das Recht der compensatio verzichtet) und der condictio indebiti. Hätte aber B die Zahlung in gewinnsüchtiger Absicht (z. B. mit Zinsen, die durch die compensatio längst erloschen waren) angenommen, so würde dem A die condictio furtiva [619]) auf das Gezahlte, sammt Verzugszinsen davon, von Zeit der Zahlung an gerechnet [620]), zustehen.

Alle diese Condictionen sind jedoch nicht selbständige Mittel zur Realisirung der compensatio, sondern sie dienen nur zur Ausführung der exceptio compensationis in der Form einer Klage, denn es soll durch dieselben die Sache auf den Standpunkt zurückgeführt werden, als ob von der exceptio compensationis Gebrauch gemacht worden wäre.

2) Bei gerichtlich erzwungener Bezahlung einer durch compensatio erloschenen Schuld.

§. 98.

Die im vorigen §. entwickelten Grundsätze werden gewöhnlich auch auf den Fall angewendet, wenn der Schuldner Gelegenheit gehabt hat, seine exceptio compensationis vor Gericht geltend zu machen, dieß aber unterlassen hat, und daher zur Bezahlung seiner Schuld gezwungen worden ist.

---

618) A. S. Kori in v. Langenn und Kori's Erörterungen Th. II. no. IX. S. 93. Nur muß sich der Gegner wirklich in mora befinden, denn eine mora ex re, wie bei der condictio furtiva tritt hier nicht ein.

619) L. 18. de cond. furtiva 13, 1. L. 80. §. 5. 7. de furtis. 47, 3.

620) Dieß ergiebt sich aus dem Satze: fur in perpetua mora esse videtur. L. 8. §. 1. L. 20. de cond. furt. junct. L. 8. §. 2. eod. Daß das existirende Geld hier auch vindicirt werden könne, versteht sich von selbst.

Die Richtigkeit dieser Anwendung dürfte jedoch zu bezweifeln sein. Die römischen Gesetze bestätigen dieselbe nicht, denn alle Stellen, welche einer condictio zur Rückfoderung dessen, womit man compensiren konnte, erwähnen 621), sprechen von außergerichtlicher Zahlung; dagegen gestatten alle diejenigen Stellen, welche eine gerichtliche Geltendmachung der Foderung, worauf man compensiren konnte, voraussetzen 622), keine Condictionen, sondern nur die dem Schuldner wegen seiner ursprünglichen Foderung gegen den Gläubiger zustehende Klage.

Es widerstreitet derselben aber auch das Wesen der res judicata. Denn ist die exceptio compensationis im Processe nicht vorgeschützt worden, so erkennt der Richter, daß die Foderung des Klägers noch bestehe. Diesem rechtskräftig festgestellten Satze würde die nachherige Behauptung, daß dieselbe durch compensatio aufgehoben gewesen sei, mithin das Gezahlte als ein indebitum zurückgegeben werden müsse, widerstreiten 623).

Es widerstreitet jener Anwendung aber auch besonders die in dem Nichtvorschützen der exc. comp. liegende Verzichtleistung auf dieselbe 624), und der Grundsatz des deutschen

---

621) S. die oben not. 612. angef. Gesetze.

622) S. d. oben not. 603. angef. Gesetze.

623) Donellus ad L. ult. C. h. t. und v. Langenn a. a. O. S. 176.

624) Die Richtigkeit dieser Annahme einer Verzichtleistung wegen Nichtvorschützung oder verspäteter Vorschützung der exc. comp. läßt sich erst hier, mit Hinweisung auf die Grundsätze über condictio indebiti recht anschaulich machen. Wer nehmlich eine durch comp. erloschene Schuld wissend bezahlt, der kann sie nicht zurückfodern, *quia donasse videtur;* wer die exc. cond. wissentlich gar nicht vorschützt, ist in demselben Falle, denn er muß bezahlen; wer sie nicht zu rechter Zeit vorschützt, ebenfalls, denn auch er muß bezahlen, und zwar nicht nur seine eigentliche Schuld, sondern auch den Zuwachs, welchen dieselbe nach bereits eingetretener compensatio erhalten hat, wiewohl er diese Zahlung

Proceßrechtes, daß alle im Prozesse nicht zu gehöriger Zeit vorgeschützte Einreden verloren gehen [625]). Ist nun die exceptio comp. verloren gegangen, so kann sie nachher auch auf keine Weise mehr geltend gemacht werden. Nun ist es aber gerade die exceptio compensationis, das Recht, zu behaupten, daß gerade diese bestimmte, gegen den Schuldner klagbar gemachte Foderung durch Gegenfoderung bereits erloschen gewesen sei, was durch jene Condictionen geltend gemacht werden soll. Diese Condictionen finden daher nicht statt, wenn die exceptio compensationis verloren ist.

Dagegen kann dieser Verlust den Schuldner niemals hindern, seine eigne Foderung als solche geltend zu machen. Denn diese steht mit der Foderung des Klägers in keiner nothwendigen Verbindung [626]). Der Beklagte hat nur das Recht, sie kraft der Compensation mit jener Foderung in Verbindung zu bringen; thut er dieß nicht, verliert er dieses Recht, so tritt nun eben seine Foderung aus aller Verbindung mit der geklagten heraus, der Prozeß über diese kann daher auch auf jene, als solche, gar keinen Einfluß haben. Auch die res judicata spricht, indem sie die Existenz der geklagten Foderung anerkennt, der Foderung des Beklagten ihre Existenz keineswegs ab. Eine Ausnahme hiervon hat man wegen einer Entscheidung des Commodus [627]) in dem Falle be-

---

durch compensatio (expressa) leisten kann (S. oben §. 82). Welches ist der Grund? — quia donasse videtur. Wer seine exc. comp. aus Irrthum nicht vorschützt, von dem gelten die §. 86. not. 530. erwähnten Grundsätze.

625) S. oben §. 87.

626) S. oben §. 5. §. 27. Anders verhielt es sich mit der compensatio der Argentarien §. 13.

627) L. 26. de probationibus 22, 3. Procula magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum post mortem ejus in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecunias ratio Proculae solvisset, Divus Commodus, cum super eo negotio

hauptet, wenn die Vorschützung der exc. compens. bei wiederholten Gelegenheiten unterlassen worden sei. Allein in dem von Commodus, wohl nicht ohne Parteilichkeit, entschiedenen Falle kamen offenbar noch andere Umstände, z. B. Verwandtschaft, in Betracht. Ueberhaupt gehört die Frage, in wiefern aus wiederholt unterlassener Vorschützung einer Gegenfoderung Verzicht auf dieselbe zu schließen sei, nicht in die Lehre von der Compensation, sondern in die von stillschweigenden Verträgen [628]).

Aus den obigen Grundsätzen ist nun auch die früher ausgesetzt gelassene Frage zu entscheiden, ob Condictionen stattfinden, wenn der Richter die vom Beklagten vorgeschützte exceptio compensationis nicht berücksichtigt hat. Im Allgemeinen ist diese Frage zu verneinen, denn auch hier ist durch die res judicata entschieden, daß die geklagte Foderung bestehe; es ist auch hier ganz so anzusehen, als ob die exc. comp. gar nicht vorgeschützt, mithin auf dieselbe verzichtet worden wäre.

Nur in einem Falle scheint dieß Resultat unbillig, nehmlich, wenn der Kläger eine Proceßart gewählt hat, wo die Exceptionen sofort liquid sein müssen, und die exc. comp. nur ihrer Illiquidität wegen nicht berücksichtigt worden ist. Fassen wir hier den Sinn, und nicht bloß die Form der res judicata auf, so liegt darin nur das Urtheil, daß die geklagte Foderung abgesehen von der jetzt aus formellen Gründen nicht zu berücksichtigenden Gegenfoderung bestehe, und provisorisch be-

---

cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

628) Vgl. über diese Frage Faber in Cod. l. c. def. 1. Leyser medd. ad pand. sp. 173. med. 4. u. 5. (Omissa aliquoties compensatio remissionem debiti arguit, necesse tamen est, ut alia argumenta remissionis accedant). J. C. Quistorp's Beiträge zur Erläut. versch. Rechtsmat. Bd. 1. no. 10. S. 143. Ern. Lud. Schmersal Diss. de remissione debiti praesumta ob compensationem omissam. Helmst. 1801. Fritz im Arch. f. civ. Pr. Bd. 8. no. 15.

zahlt werden müsse. Es sollte daher in solchem Falle immer die besondere Ausführung der vorgeschützten exceptio compensationis vorbehalten werden. Allein auch wenn dieß nicht geschehen ist, ja selbst wenn der Beklagte die exc. comp., weil sie illiquid war, hier gar nicht vorgeschützt hat, kann ihm dieß Recht nicht abgesprochen werden, denn ein Recht, das man nicht wirksam ausüben konnte, kann man durch Unterlassung der Ausübung nicht verlieren[629]). Die Klage wird hier, je nachdem dem Kläger ein dolus vorgeworfen werden kann, oder nicht, condictio furtiva oder sine causa[630]) sein[631]).

Positive Gesetze für dieses Resultat lassen sich aus dem römischen Rechte nicht anführen, weil das Verhältniß, auf welchem diese Ausnahme beruht, dem römischen Rechte wahrscheinlich fremd war. Ein analoges Verhältniß bietet allerdings im älteren römischen Rechte der Fall, wenn in str. jur. judicio die exceptio doli nicht berücksichtigt wurde, weil sich kein dolus ergab[632]). Wie es dabei in dieser Beziehung gehalten wurde, wissen wir nicht. Vielleicht war das Recht

---

629) Die Worte der L. 30. de cond. indeb.: in his causis, ex quibus comp. locum non habet, qui solvit, non habet condictionem, velut indebiti soluti, sed sui crediti petitionem, stehen, wie A. D. Weber Natürl. Verbindl. S. 426 ff. sehr richtig bemerkt, nicht entgegen. Denn sie beziehen sich offenbar auf Fälle, wo die materiellen Bedingungen der Compens. (S. d. vor. Buch) nicht vorhanden sind. Die Liquidität ist aber nie materielle Bedingung der compensatio selbst, sondern nur formelle Bedingung ihrer Geltendmachung. S. oben §. 86.

630) A. D. Weber Beitr. z. d. Lehre v. Klagen u. Einreden §. 71.

631) Nichts Anderes, als eine solche condictio sine causa oder furtiva ist, ihrem materiellen Gehalte nach, die nach sächs. Proceßrechte zur Ausführung von Einreden, die im Executivprocesse wegen Illiquidität nicht ausgeführt werden können, jedoch auch nur zu diesem Zwecke, gestattete Wiederklage. Churs. Erl. Proceßordng. von 1724. ad tit. VI.

632) S. oben §. 18.

der conditiones indebiti zu der Zeit, wo jenes Verhältniß noch praktisch war, noch gar nicht ausgebildet.

III. Wiederklage.

§. 99.

Die Wiederklage [633]) kann nur sehr uneigentlich als ein Mittel, die compensatio geltend zu machen, betrachtet werden. Denn ihr Zweck geht zunächst darauf, Verurtheilung des Klägers durch denselben Richter, vor welchem die Vorklage anhängig ist, zu erlangen.

Wird sie nun bei der Litiscontestation angebracht, so liegt darin zugleich eine exceptio compensationis. Sie wird dann in denselben Akten verhandelt, und es wird in demselben Urthel über Vor- und Wiederklage erkannt [634]). Einen wesentlichen Vortheil vor der einfachen exceptio compensationis gewährt sie nur dann, wenn die Gegenfoderung größer ist, als die geklagte, oder wenn der Kläger nicht beweist, weil in diesen Fällen der Beklagte aus dem Urthel über diesen Proceß gleich Execution gegen den Kläger suchen kann.

Wird aber die Wiederklage nicht bei der Litiscontestation angebracht, und nicht in denselben Akten verhandelt, also auch nicht in demselben Urthel über Vor- und Hauptklage erkannt, so verhält sie sich zur Vorklage, wie jede andere Separatklage. Der Wiederkläger wird dann zwar die gewonnene res judicata als liquide Gegenfoderung der Vorklage entgegenstellen können, allein die Wirkungen der Compensation werden auch nicht über die Zeit dieser res judicata hinaus sich erstrecken können, weil die exceptio compensationis, die der Vorklage entgegenstand, durch nichtzeitige Vorschützung auch bei angestellter Wieder-

---

633) Nehmlich die des gemeinen Rechtes. Von der sächsischen Wiederklage ist oben not. 631. die Rede gewesen. Ueber den Unterschied beider s. A. S. Kori Ueb. den Executivproceß und die Wiederklage nach gem. und sächs. Rechte §. 5 ff.

634) Nov. 96. C. 6. cit. L. ult. quae sent. sine appellat. L. 1. C. rer. amotar. citt.

klage verloren gegangen ist[635]. Nur dann würde auch eine solche Wiederklage nach den §. 94. aufgestellten Grundsätzen einen Vortheil vor der exceptio compensationis gewähren, wenn der Beklagte seine Foderung früher schon klagend geltend gemacht hätte, und nun, seinerseits verklagt, dieselbe Foderung als Wiederklage vorschützen könnte, ohne auf die frühere Klage zu verzichten, weil ihm hier nehmlich die res judicata in der Wiederklage auch ein Beweismittel für seine erste Klage gewähren würde. Ob dieß aber erlaubt sei, dürfte zu bezweifeln sein.

IV. Giebt es eine actio compensationis?

§. 100.

Hieran knüpft sich die Frage, ob es überhaupt eine Klage aus der compensatio gebe? Die Frage ist nicht ohne Interesse, da sonst der Inhaber einer Gegenfoderung, zumal bei nicht ganz zweifellosem Rechtsgrunde oder Beweise derselben, stets über sein Verhältniß zum Gegner in Ungewißheit bliebe, so lange es diesem nicht gefiele, zu klagen. Zwar kann man sagen: er klage selbst seine Foderung ein, so wird er sehen, ob er damit fortkommt. Allein dann würde er, selbst bei vollständigem Beweise seiner Foderung, dem Gegner die Proceßkosten erstatten müssen, sobald dieser compensatio vorschützte, während, wenn es eine eigene Klage ex compensatione gäbe, er selbst diese restituirt erhalten müßte. Die Provocationsklagen sind ebenfalls nur unzureichende Mittel zu diesem Zwecke, da die eine derselben diffamatio, die andere einen drohenden Verlust der Einrede voraussetzt.

Eine eigene actio compensationis nun giebt es nicht, und kann es nicht geben, weil die compensatio ipso jure

---

635) Kori a. a. O. §. 5. not. 9. Anders verhielt es sich nach älterem röm. Rechte bei str. jur. judiciis, weil hier die compensatio **nur** durch Wiederklage mit sicherem Erfolge geltend gemacht werden, folglich auch durch Nichtvorschützung im str. jur. judicio nicht verloren gehen konnte. S. oben §. 19.

erfolgt. So wie aber derjenige, der sich durch Zahlung von seiner Schuld befreit hat, von dem Gläubiger Anerkennung dieser Befreiung, und Bescheinigung derselben (Rückgabe des Schuldscheines, Quittung) verlangen, und dieses Recht auch klagend geltend machen kann, so dürfte eine ähnliche Klage auch dem nicht zu versagen sein, der durch compensatio befreit ist [636]. Die Klage ist die condictio liberationis [637], setzt aber auch das Erbieten des Klägers zu gleicher Bescheinigung und zur Zahlung des etwanigen Ueberschusses voraus.

---

636) **Mevius** dec. P. II. dec. 186.

637) L. 1. pr. L. 3. de cond. sine causa. 12, 7.

Zusätze und Berichtigungen.

Zu S. 1. Z. 3. Anm. Indeß scheinen nach L. 1. C. h. t. administrative Verordnungen des Senates wenigstens indirect auf unsere Lehre eingewirkt zu haben.

S. 3. Z. 15. Statt „die Quellen" lies „die Unvollständigkeit der Quellen" und in der folg. Zeile st. „gaben" lies „gab."

S. 6. Z. 5. v. u. l. 52. st. 53.

S. 13. Z. 10—13. sind die Worte: „Letztere — brauchen" zu streichen.

S. 14. Z. 1. v. u. l. 86. und 87. st. 90—92.

S. 32. Z. 7. l. „nicht der" st. „der nicht".

S. 46. Z. 10. v. u. l. 77. st. 78. Ebendaselbst zur 98sten Anm. vgl. auch L. 65. pr. de R. V. 6, 1. In beiden hier allegirten Stellen ist zwar zunächst nur von einer replicatio compensationis gegen die exceptio retentionis die Rede, und zwar von einer replic. comp. mit einer Foderung, die an sich, außer zum Zweck dieser compensatio, gar nicht existirt, weil in der Regel die vom b. f. possessor ante litem contestatam percipirten Früchte nur in so weit restituirt werden, als sie noch vorhanden und nicht usucapirt sind, hier aber Compensation mit allen vor der litis cont. percipirten Früchten gestattet wird. Allein gerade diese Ausdehnung der aequitas compensationis dürfte dafür sprechen, daß auch dem Beklagten die Compensation mit impensis nicht versagt worden sei.

S. 48. Z. 5. v. u. l. „de" st. „be."

S. 61. Z. 14. v. u. l. 24. u. 25. st. 23. u. 24.

Ebendas. Z. 7. v. u. ist nach den Worten „str. jur." das Wort „judiciis" einzuschalten.

S. 68. Z. 1. v. u. l. 53. st. 54.

S. 80. Z. 3. v. u. l. „Rechtslehrer" st. „Rechtslehren."

Zu S. 88. Z. 7. Anm. Es mangelt dann aber nicht bloß an einer Bedingung der compensatio necessaria, sondern an dem gegebenen Fundamente des Begriffes compensatio überhaupt. Vgl. §. 34. S. 102.

Zu S. 96. Z. 8. Am Anfange dieser Zeile ist das Wort „und" zu streichen.

Ebendas. zu Anm. 192. Bisweilen heißt compensatio gerazu so viel als Gegenfoderung. So in der Redensart compensationem improbare in L. 8. de negot. gestis 3, 5. L. 1. §. 4. de contr. tut. act. 27, 4. Diese Bedeutung scheint es auch in der Titelrubrik „de compensationibus" zu haben.

S. 98. Z. 10. l. „compensando" st. „compensandi."

Zu S. 105. not. 208. Das Gegentheil vertheidigt neuerdings A. S. Kori in s. Erörterungen praktischer Rechtsfragen, dritter Theil, Dresden u. Leipz. 1833. No. 3. Die L. 41. cit. wird hier in der 8. Anm. durch die Bemerkung beseitigt, daß sie sich nur auf bonae fidei actiones beziehe, und eine justa causa voraussetze. Allein da das Wesen der stricti juris judicia nur auf processualischen Gründen beruhte, die schon im justinianischen Rechte fast ganz verschwunden waren, und seinen Einfluß hauptsächlich in der beschränkten Berücksichtigung der Einreden und in den strengen Grundsätzen über plus petitio äußerte, so wird man wohl der Ansicht, daß jetzt alle Klagen in so weit, als nicht einzelne Ueberbleibsel ihrer Natur als ehemaliger stricti-juris-Klagen sich als jus singulare erhalten haben, wie z. B. bei der condictio indebiti der Wegfall der Zinsen, als bonae fidei actiones zu behandeln seien, seinen Beifall nicht versagen können; und daß die Verurtheilung des Beklagten ad cavendum nur ex justa causa geschehen soll, wird den Kläger nur in die Nothwendigkeit versetzen, eine justa causa anzuführen. Als eine solche dürfte aber der Widerspruch des Beklagten, als welcher die dereinstige Erfüllung der Verbindlichkeit zweifelhaft macht, und dadurch schon das Recht des Klä-

gers verletzt, wohl zu betrachten sein. Ein Unrecht gegen den Beklagten kann hierin auch dann nicht liegen, wenn er noch gar keinen Widerspruch erhoben hat, da es ja von ihm abhängt, den Kläger durch Zugeständniß sogleich klaglos zu stellen, welchen Falls ihm ohne Zweifel die etwanigen Kosten erstattet werden müssen.

S. 106. Anm. 210. Z. 2. l. „eingegangenen" st. „abgeschlossenen."

S. 109, Z. 12 — 9. v. u. Der hier ausgesprochene Satz dürfte deutlicher so auszudrücken sein. Die bedingte Schuld ist nur deshalb nicht exigibel, weil es absolut ungewiß ist, ob der Schuldner überhaupt etwas schuldig sei, ob eine Schuld existire. Geht nun die Bedingung in Erfüllung, so zeigt es sich, daß der Schuldner allerdings gleich anfangs schuldig gewesen sei, seine Schuld also gleich anfangs hätte exigibel sein sollen. Dieß muß aber de jure eben so gut sein, als ob sie wirklich gleich anfangs exigibel gewesen wäre, denn „Zeitbedingnisse haben allein im Sinnlichen und Physischen, nicht aber im Geistigen und Moralischen Geltung" Schmalz Wissenschaft des natürlichen Rechts, Leipz. 1831. S. 54. §. 150.

S. 110, Z. 3. l. „Zweckbestimmungen" st. „Zeitbestimmungen."

S. 113. zu not. 235. vgl. auch L. 101. §. 1. de solutt. not. 289. cit.

S. 140. Z. 4. v. u. l. „auf" st. „mit".

S. 141. Anm. 300. vgl. auch Wilh. Sell Versuche im Gebiete des Civilrechts, Gießen, 1833. Th. I. No. 1. §. 30. 31. 32.

S. 186. Z. 6. v. u. l. „gemeinrechtlichen" st. „gemeinschaftlichen".

S. 258. sind die 600. und 602. Anm. zu streichen. Dagegen kann man sagen, daß hier compensatio judicis im Sinne des Ric. Matarellus (S. 93.) eingetreten sei, und diese der comp. voluntaria gleich wirke.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Krug, August Otto,

Die Lehre von der Compensation

Leipzig 1833

J.rom.m. 278 h
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566832-0